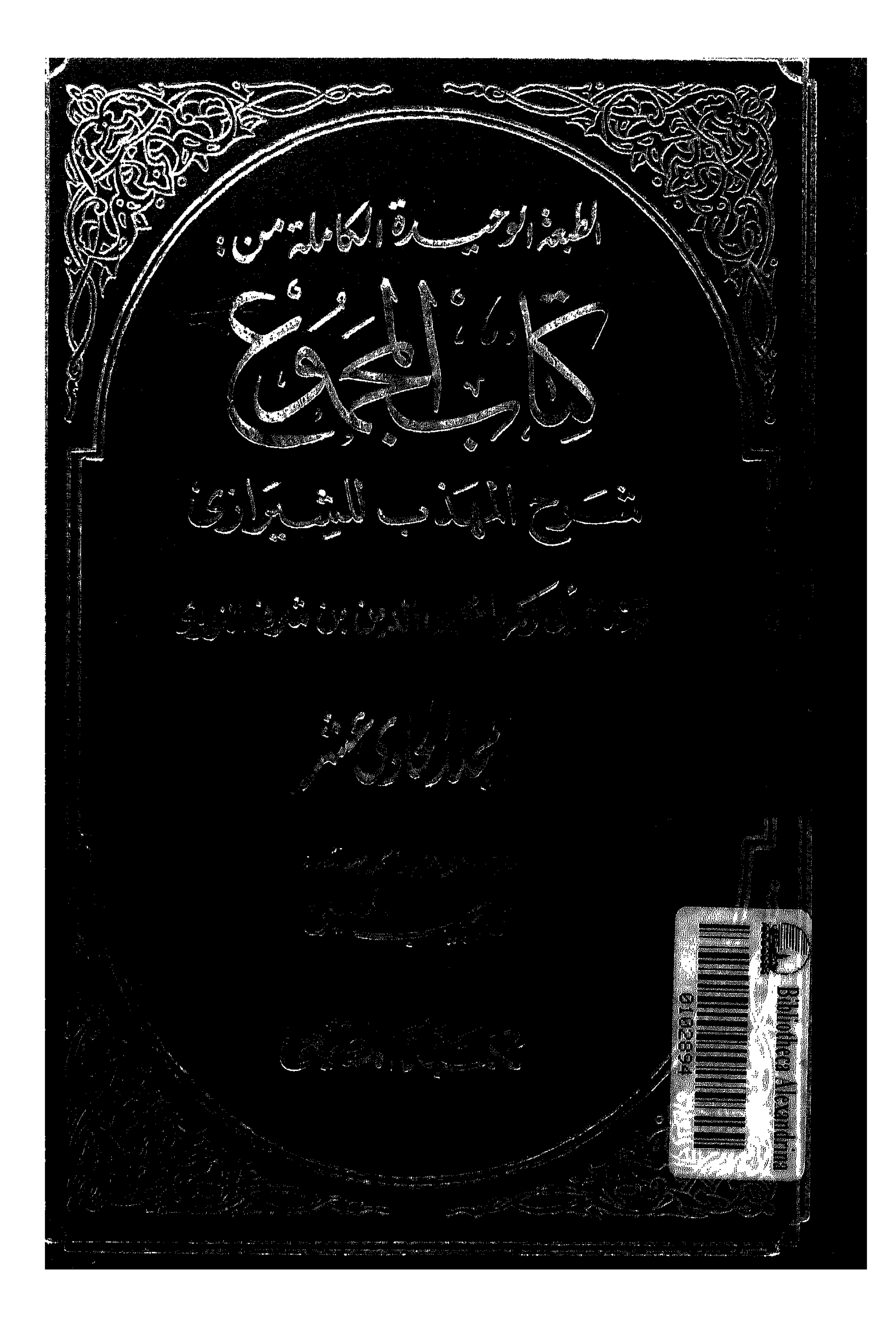

الطبعة الوحيدة الكاملة من:
كتاب المجموع
شرح المهذب للشيرازي
المجلد الحادي عشر
Bibliotheca Alexandrina


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)





الطبعة الوحيدة الكاملة من :

كتاب المجموع

شرح المهذب للشيرازى

للإمام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى

الجزء الحادى عشر

حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه

محمد نجيب المطيعى

مكتبة الإرشاد

جدة - المملكة العربية السعودية



بسم الله الرحمن الرحيم

مسائل المعدن

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل فى البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك فى قول أبى على ابن أبى هريرة ، وغير مملوك فى قول أبى اسحاق ، والحكم فى دخوله فى البيع على ما بيناه فى الماء ، وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونه لم تدخل فى البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هى متصلة بها ، فلم تدخل فى بيعها) ٠

(الشرح) والنفط(١) والقار(٢) ٠

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احداهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضى أبو الطيب والماوردى : جامد وذائب ٠

(القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أى غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضى أبو الطيب والماوردى معادن الجامدات فيدخل فى بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، الا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولا واحدا ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولا الجمع بين بيع وصرف قاله الرويانى ٠

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و ٠٠ و ٠٠ أما القار أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلى بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء اليها ٠ (ط) ٠

(والقسم الثانى) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى أعين للمائع ، كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق ، والكلام فيه كالكلام المتقدم فى المساء حرفا بحرف ، وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى المساء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيهما معدن ، فما يتجدد بعد البيع للمشترى ، وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه ، بخلاف المساء ، فان من الناس من قال : لا يملك (قلت :) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى المساء ، كما صرح به المصنف هنا وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه فى بيع الدار المشتملة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط .

(المسألة الثانية) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب او آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يحل للمشترى اخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه (والظاهر) أنه لمن ملكت منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

(المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام : (الأول) أن تكون مخلوقة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

(الأول) أن يضر بالزرع والغرس جميعا فهو عيب اذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع ، قال المتولى : فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما اذا لم يكن مقصوده الزرع ، والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالاجارة •

(الضرب الثانى) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثانى) ويحكى عن أبى اسحاق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الرويانى : وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع ، قال الماوردى : (والأصح) عندى أن ينظر فى أرض تلك الناحية ، فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب ، وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب ، لأن العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون فى الجواب اختلاف ، لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى •

(قلت :) وهذا حسن ووافقه الغزالى فيه ، وهو يقتضى أنها اذا كانت فى موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضى بين البنيان فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب ، ولذلك شرطنا فى أول الكلام تبعا للرافعى أن تكون مقصودة للغراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم •

(الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشترى •

(القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الأرض كالتى تكون فى أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهى داخلة فى البيع أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب فى أن بيع الأرض يستتبع البناء ، والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف ، كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال فى البحر : وكذلك ان كان البناء منهدما أو كانت فى طى بئر خراب ، وهذا الكلام فى الدخول (وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعى من الشرط فى كونها عيبا اذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة • (وأما) الماوردى فانه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجز أنه غير مضر بزرع ولا غرس ، لأن العروق جارية فى مسناة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف فى موضع مضر بالزرع فللمشترى الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار • أما اذا أثبتنا الخيار فاختار اتمام البيع ، فانه بمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن •

(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل : ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل فى بيع الأرض كالكنوز والأقمشة ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست من أجزاء الأرض احتراز من المعدن (وقوله :) ولا هى متصلة بها احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشترى اما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا ، ان كان عالما فلا خيار له فى فسخ العقد ، وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ، ودخل فى العقد اما تبعا أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشترى بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل فى العقد أو الذى أحدثه المشترى بعده أو لم ينقص ، وان أبى البائع القلع فللمشترى اجباره عليه ، سواء كان تبقيتها تضر أو لا •

وفى الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ، وسيأتى مثله فيما اذا كان جاهلا (والصحيح) الأول ، وان للمشترى اجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع ، فان له أمدا ينتظر ، ولا أجرة للمشترى فى مدة القلع والنقل وان طالت ، كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له فى مدة النقل والتفريغ ، ويجب على البائع اذا نقل تسوية الأرض وان كان المشترى جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر فى قلعها وتركها أحوال أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل فى الأرض غراس ولا زرع فالبيع لازم ، ولا خيار للمشترى ، وللبائع النقل ، وللمشترى اجباره عليه على المذهب ، وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بها للمشترى لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة فى نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والمـــاوردى أراد بالضرر الزرع والغراس ، فلذلك قال ما نذكره ملخصـــا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها ــ فان كان المشترى عالمـــا بالحجارة ــ فلا أجـــرة له على البائع فى مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتبقية ثمرة البائع على نخل المشترى ، وان كان المشترى غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه ، قاله المـــاوردى وغيره ، فلا أجـــرة على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنيجى •

فان كان بعد قبض المشترى وجب على البائع أجـــرة المثل على الصحيح ، لتفويته على المشترى منفعة تلك المـــدة ، وهل يجب عليه تســـوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقان (أحدهما) القطع بالوجوب ، وهو قول المـــاوردى (والثانية) على وجهين فى التتمة ، ولا خيار للمشترى ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرش ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشترى ففى وجوب الأجـــرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثانى) ونسبه المـــاوردى الى جمهور أصحابنا أنه لا أجـــرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشترى بيد البائع على الأرض أخـــذا من أن جنايته كالآفة الســـماوية (فأما) تســـوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقان قال المـــاوردى : فلا يجب على البائع وجها واحـــدا ، لكن يجب بذلك للمشترى خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان •

(الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لمـــا فى الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشترى عالمـــا بالحجارة وبضررها فلا خيار له فى الفســـخ ، ولا أجرة له فى القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجـــارة واما بضررها ، واما فى القلع واما فى الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعى : للمشترى الخيـــار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قســـما آخـــر لم يشمله كلامه وهو ما اذا كان عالمـــا بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع فى ذلك ، وقد يطمع فى أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر •

اذا علم ذلك فاذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما فى بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشترى لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) عند الامام والرافعى لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرش ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعى ، وقد تقدم عن الماوردى أنه اذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به ههنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الرويانى (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين فى التتمة ، وفى أجرة النقل ثلاثة أوجه •

(ثالثها) وهو الأظهر وهو قول أبى اسحاق المروزى على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبى حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام فى وجوب الأجرة والتسوية فى هذا القسم والذى قبله واحد • وكذلك لم يتكلم الرافعى عليه الا فى هذا القسم •

واعلم أن الرافعى رحمه الله تعالى أطلق الخلاف فى وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعى أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحال فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب فى بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضى أبو الطيب والماوردى جعلا محله اذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فان كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وان أقام لعلمه بالحجارة ، وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال فى القسم الذى تقدم ، وينبغى أن ينزل كلام الرافعى على هذا التفصيل ، فانه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجـرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش(١) وما أشبه ذلك •

قال الرافعى : ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرش لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصـان وعيب ، وكذا قاله القاضى حسين ، فسلكا بالأرش مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقـدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق وجوب التسـوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام ، وابن أبى هريرة أيضـا أوجب التسـوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجـرة كما فعل الرافعى ، وقد يقال فى الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيـار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالآفة السماوية •

(وأما) الحفر فى الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجـزاء ، فينبغى انفسـاخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وان كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فـرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وايجاب عين أخـرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن صرح بأن الأرش كالأجـرة صاحب التقريب فيمـا حكاه عنه الامام أنه حكى فى الأرش الأوجه الثلاثة التى فى الأجـرة ، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسـوية قبل القبض مبنيا على جناية البائع (ان قلنا) كالآفة السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن المـاوردى وهو الصواب •

وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم فى القدر المتصـل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضـع الجوائح ، والشافعى رحمه الله تعالى فى الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعـده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته الجـزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

---

(١) هو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعـــد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى •

واعلم أن الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجـــوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتـــاج فى تسويتها الى تراب آخـــر هل يلزم البائع احضـــاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفـــر التراب الذى أخـــذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعـــة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخـــر ، فانه لا تســـوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفـــرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفـــرا لا يســـده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادتة يتجه الجـــزم بوجوب التسوية ؛ وفاء بمقتضى العقـــد ، وتسليم المعقود عليه على حاله ؛ وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشترى ؛ فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها •

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض المعقود عليه ؛ وان كان المراد القســـم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصـــل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كله ، وان كان المـــراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشـــترى العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقـــد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصـــل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصـــل عيب قبل القبض وكان المشترى قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شىء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب •

وان جهل الحال ـ فان حصل ذلك قبل القبض ـ ثبت له الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشترى بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشترى أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شىء آخر ، ثم التعييب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل فى يد البائع ، والمشترى قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعييب من لوازمه ، فلا شىء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه فى قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده ، ولكنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن اعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جناية البائع (والأصح) أنها كالآفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع فى يد المشترى بالسرقة السابقة فى يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بغير مطالبة المشترى ، وان وقع بمطالبة المشترى ففيه نظر ، وفى مأخذ الخلاف فى الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور فى الغصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردى : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدام الحجارة فى الأرض ان أقام المشترى على البيع •

(والحالة الثالثة) أن لا يكون فى قلعها ضرر ، ويكون فى تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشترى كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال : أنا أصلحه وأنقيها ، لا خيار للمشترى (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ، ثم ان الماوردى على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال : ثم القول فى الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة فى باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى •

(الحالة الرابعة) أن يكون فى قلعها ضرر ولا يكون فى تركها ضرر ، فللمشترى الخيار اذا كان جاهلا ، فان أجاز ففى الأجرة والأرش ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أقلع وأغرم الأجرة أو أرش النقص ، قال صاحب التهذيب : ويجىء فيه مثل الخلاف المذكور فى الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار فى الأرض سقط خيار المشترى ابقاء للعقد ثم ينظر ان اقتصر على قوله : تركتها فهل هو تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى ، وهما كالوجهين فى ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تمليك ليكون فى مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لا غير ، وبالأول أجاب الماوردى •

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشترى يوما ما وأبدى للبائع فى تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثرون أن له ذلك ، ويعود خيار المشترى ، وهو القياس ، وقال الماوردى والامام : لا رجوع ، ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ، وقال الماوردى : لأنه يجرى مجرى الابراء الذى لا يجوز الرجوع فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وان قال : وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة ، وانما المقصود دفع الفسخ وان لم توجد شرائط الهبة ففى صحتها للضرورة (وجهان) ان صححناها ففى افادة الملك ما ذكرنا فى الترك ، قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعى رضى الله عنهما ؛ ولم يتعرض لأن المشترى يجبر على ذلك أولا وقد قال القاضى أبو الطيب : البائع اذا قال : وهبت الحجارة ففى اجبار المشترى على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان (ان قلنا :) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة فلا تصح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثانى) يجبر ، لأن بقبولها يزول الضرر •

(فان قلنا) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فان لم يسمح البائع بترك الأحجار ثبت للمشترى الفسخ ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان أقام فهل للبائع القطع ؟ نظر ان كانت الأرض بيضاء أو مغروسة

بغرس متقدم على البيع أو متأخـر فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتى ان شاء الله تعالى • وان كانت مزروعة بزرع المشترى قال المـاوردى : فعلى البائع ترك الأحجار الى انقضـاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير متعـد به قلما يقلع قبل حصـاده ، فاذا حصد المشترى زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ، ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض ، ووافقه صاحب التهذيب فقال : اذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشترى فانه يترك الى أوان الحصـاد ، لأن له غاية بخلاف الغراس ، قال الرافعى : ومنهم من سوى بينه وبين الغراس •

(فـرع) تقـدم أنه اذا لم يكن فى القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشترى • ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه اذا بادر البائع اليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشترى الخيار ، قال ابن الرفعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالى وغيره ، تبعا لظاهر النص ، يعنى فى وجوب تسـوية الأرض على البائع لأن فى ذلك محافظة على اتمام العقد •

(فـرع) فى هذه الحالة فأما الغراس الذى وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشترى على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقا ثم لا يخلو اما أن يكون ذلك الغرس متقـدما على البيع قد دخل ، واما أن يكون المشترى استجده ، فان كان متقدما فان قلعها بعد القبض فعليه الأجـرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقـدم ، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب الأرض فى اثبات الخيار وسائر الأحكام ، وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر فى مثله كلام الرافعى ومن وافقه ، وفى الأجـرة وجهان (أصحهما) لا ، ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضران ، ففى ثبوت الخيـار وجهان ، حكاهما المحاملى (أصحهما) الثبوت ، لأنه ابتاع أرضـا على أن فيها غراسا ، فاذا خرجت على خلاف ذلك فقـد لحقه نقص وضرر ، هكذا قال ، وفى نظيرها فيما اذا كانت الأرض بيضـاء لم يتقدم لنا خلاف فى سقوط الخيـار ، وقال الامام فى الأرض المغروسة فيما اذا كان القلع يضر دون الترك ، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وان كان

الغراس أحدثه المشترى بعد الشراء فان أحدثه عالمـا بالأحجار فللبائع قلع الاحجار . وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشترى .

وان أحدثه جاهلا ففى ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشىء من ايداعه الأحجار فى الأرض (والأصح) انه لا يثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع ، وبناهما القاضى حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ا ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة ، قال الرويانى : فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر . وسمح البائع بالحجارة للمشترى أجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الأرض تنقص بالحجارة أيضا فان لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانا فى الارض ، فله القلع والفسخ ، وان أورث القلع أو الغرس نقصانا فلا خيار فى الفسخ ، اذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا ، ولكن يأخذ الأرش .

واذا قلع البائع الاحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعى . وقال المحاملى : لا فرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشترى ، وقال المـاوردى : وان كان الغراس استحدثه المشترى بعـد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه ــ يعنى البائع ــ الأجـرة ونقص الغرس وتسوية الأرض ، والتفصـيل الذى قاله الرافعى أولى ، وما قاله المـاوردى من أن ذلك لا يكون الا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع ، فكأن ذلك محمـول على الغالب ، والا فيمكن أن يحصل للمشترى فى الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع ، وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الأجـرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التى تختلف قبل القبض وبعده .

وأما أرش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخـرج على جناية البائع قبل القبض وهذه الأحكام التى ذكرتها فى الغراس والزرع ذكرها المـاوردى فى هذه الحالة الرابعة ، والرافعى ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى فى غيرها كما لو لم يجبر المشترى البائع على القلع فى الحالة الأولى أو فى الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزا للبائع ، ويأتى فيه من التفصيل ما ذكر ههنا ، والله أعلم .

(فـرع) تكلم الامام وقبله القاضى حسين فى أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر فى الأرض المغصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيـــده ؟ وانما أوجبوا الأرش ؟ وأجابا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبنيان الأبنية يختلف ويتفاوت ، فشبه ذلك بذوات الأمثال وهذا بذوات القيم حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف فى الهيئة كان ذلك كطم الحفر •

(فـــرع) ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحاق : اذا باع عبـــدا فقال المشترى : هو آبق ، وقال البائع : أنا أحضره الساعة واحضره لم يكن للمشترى خيار (قلت :) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا اشترط البائع الاباق ثم أبق فى يد البائع قبل القبض ، فاذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار •

(فـــرع) ذكر الامام فى آخـــر كلامه كالضابط لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع فان كان المشترى عالمـــا فلا خيار ولا أرش ، فان كان جاهلا ثبت الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أراد ، وأراد الزام البائع أرش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجـــر ، وكان الضرر فى تركه ونقله ، ففى الأرش الأوجه من جهة أن المشترى يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهـــر بعد العقد بفعل منشؤه البائع ، اما قبل القبض أو بعـــده مستندا الى سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وان تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال فى تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه فى هـــذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص فى رقبة المبيع • وقد ذكروا الخلاف فى الأجـــرة فما وجه ترتبها ؟ والفـــرق لائح ؟ فان المنافع ليست معقـــودا عليها ، ولو قيل : القـــدر الذى يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل فى استحقاق المشترى لم يكن بعيدا ، والمبيع كله مستحق للمشترى بأجزائه وصفاته •

(فـــرع) تقـــدم أن الأصح فى الأجـــرة أنها لا تجب قبل القبض ، وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبى اسحاق المروزى على ما نقل أبو الطيب ، وفى البحر قال المـــاسرجسى : قال اسحاق(١) فى بغـــداد قبل خروجه

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعى ، والله اعلم (ط) •

الى مصر : له الأجـرة ، يعنى قبل القبض ، قال القاضى الطبرى : وهذا محتمل عنـدى لانه نص فى البويطى على أن البائع اذا قطـع يد العبد المبيع فالمشترى بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الأرش ، فاذا نص فى الأرش فالأجرة مثله ، وبنى القفال ذلك على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبى •

(فـرع) تقدم الكلام فى أن للمشترى الخيـار عند وجود شروطه المتقدمة ، وان الأجـرة والارش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده ، وهل يثبت خيار للمشترى بنقص الأرض بالقلع ؟ تقـدم عن المـاوردى فيما قبل القبض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبض وقال الرويانى : انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان موجودا قبل القبض •

(فـرع) اذا اختار المشترى الامساك فيما اذآ كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل فى البيع وكان قلع الحجـارة يضر وتركها يضر ، فالحكم فى التسـوية والأجـرة على ما تقدم وفى أرش النقص طرق حكاها الرويانى •

(أحدها) لا أرش لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو كالأجـرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم • وقال ابن سريج : بعد القبض يلزم قولا واحـدا وقبله قولان • وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبض وبعـده والأصـح أنه يجب •

(فـرع)قال الرويانى : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشترى ، وهل تملك بالترك ؟ على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشترى تلك الأحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأحجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟ وجهان وان اختار القلع فللمشترى الخيـار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقـل وليس كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص فى الترك ، فان اختـار المشترى الامساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى •

(فــرع) اذا غرس المشترى بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القلع وللمشترى المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الرويانى : يلزم البائع أرش النقص قولا واحــدا ، لأنه حول ملكه عن الأرض بادخال النقص على الغير ، فان كان مراد الرويانى نقص الأرض فظاهر ، وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعى خلافه ، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر ، فانه متعد بالغرس ، والله أعلم •

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الرويانى : فعليه أرش النقص قولا واحــدا ، والكلام فيه كما تقــدم ، وليس مراده الا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم يساوى هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوى وبه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته من القيمة ، وان اختــار البائع الترك فهل يملكها المشترى ؟ فعلى ما ذكرنا •

(فــرع) قال الرويانى وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعــا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشترى جاهل بها فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصــد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ، وأن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار اليه •

(فــرع) قال الغزالى رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبى الدم : إن العراقيين نقــلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفــر ، ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفى مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه : ولا يلزمه أرش النقص ، واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين منهم من قال : يلزمه أرش النقص فى المسألتين دون تســوية الحفر فيهما . ومنهم من قال : يلزمه التسوية فى المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرش بخلاف البائع فيلزمه التسوية •

(فــرع) زرع المشترى الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفى قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

الشافعى رضى الله عنه • وكذلك فيما اذا علم المشترى بالحجارة وترك البائع القلع ، ثم أراده بعد زرع المشترى لم يكن له ذلك حتى يحصده المشترى ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعى عليه ، قال الرافعى : ومن الأصحاب من يسوى فى الحالتين بينه وبين الغراس •

(فــرع) شبه المتولى الخلاف فى ثبوت الخيار اذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة وبقى لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة فى حكم الاختلاط • قال ههنا : ان الضرر الذى يلحقه فى الغراس الحادث كالضرر الذى يلحقه فى الأشجار المشتراة ، يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذى يلحقه فى حق من حقوق المبيع كالضرر الذى يلحقه فى نفس المبيع • قال : وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استحقت، فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ فعلى قول يرجع لأنه ضـــمن له سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه ، والثمــار الحادثة ، فجعلنا الخلل الحاصـــل فى واحد منهما كالخلل فى عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعها يضر بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعى فى ثبوت الخيار مطلقا •

(فــرع)قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى السلسة لمــا ذكر الوجهين فى وجوب الأجــرة على البائع للمدة التى مضت فى نقــل الحجارة ، وبناهما على أن جناية البائع كالآفة السماوية . وكجناية الأجنبى قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبى . وانما القولان قبل القبض (قلنا :) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى ، وهذا الذى قاله الشيخ قد تقدمت الاشارة اليه . ولكنى أحببت نقله من كلامه •

(فــرع) من تتمة الكلام فى المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا فى بيع الأرض ، ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

لقائل أن يقول فى حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقياما بتسليم الأرض والأشجار له .

(فــرع) قال الرافعى رحمه الله : لو باع دارا فى طريق غير نافذ دخل حريمها فى البيع ، وفى دخول الأشجار الخلاف الذى سبق ، وان كان فى طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار فى البيع ، بل لا حريم لمثــل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعى قال : اذا قال : بعتك هــذا البستان أو الباحة دخل فى البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النبات أصــل لا خلاف فى المذهب فى ذلك ، وفى دخول البناء الذى فيه ما سبق فى دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالى : ان الأظهر عدم الدخول جريا على قاعــدته (وأما) على المذهب فانه يدخل ، وان قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قــد يخلو عن البناء ولكنه اذا كان مشتملا عليه تناول اســمه جميع ذلك ، وهو كالاحتمال الذى فى دخول الشجر فى بيع الدار ، وهو ههنا أقوى ، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبا ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعى بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هى من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف فى غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والمــاوردى أطلق طرد الخــلاف فى البناء من غير تفصيل ، والرويانى فى البحر صرح بأن البنــاء والجــدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولا واحدا ، وهو ضعيف عندى ، وجزم القاضى ابو الطيب بدخول البناء فى بيع البســتان مع ذكر الخلاف فى دخول النخلة والشجرة فى بيع الدار ، وذلك يشــهد لمــا قلته الآن من الفرق وتقوية الجــزم بالدخول فى البستان . وهو الذى يقتضيه العرف لاسيما فى بلادنا هذه . التى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبنــاء عندى بالاضافة الى البستان كالشــجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص فى دخول الأبنية فى البستان طرق :

(احداها) أن الجدار المحيط يدخل جزما ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعى وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف فى الجميع ، وهى قضية اطلاق الأكثرين •

(والثالثة) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب ، وهى التى اقتضى كلامى أولا الميل اليها ، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما اذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ؛ وكذلك فعل ابن الرفعة •

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن العادة فى نواحينا اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخاله فى مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ، وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعام • وأنه ان صح يكون وجها رابعا يعنى فى محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان ، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى ، وفى العريش وهو المسمى فى بلادنا بالكرم فى وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد[1] • رجح الامام والغزالى دخوله ، وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله فى لفظ البستان والباحة ، وفى كلامه ما يدل على جريانه فى الكرم أيضا •

وفى كلام الامام ما يقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل . فانه قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان فى مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ؛ وأن كان محله • قال ابن الرفعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك اذا كان العريش ينقل (أما) اذا كانت تراد للدوام [كما هو جار] فى بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار • وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره فى التهذيب ، وهكذا قال

---

(١) هنا فى ش بياضات وفى ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول اربابها فجاءت مستقيمة هكذا ، والله المستعان (ط) •

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن يقول : بعتك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة .

قال الرافعي : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالاشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنـده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان .

(قلت :) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسـخ المهذب والرافعى والروضة ـ بالميم واخراج البناء عنها بعيد . وان أخرج فيما اذا نطق باسم البسـتان.فان الاشارة الى الجميـع وتخصيصها ـ بالميم ـ دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعا ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه . لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير ـ ميم ـ فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعـة . ولا أعلم معنـاه ، فان كان موضوعا للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وان كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البنـاء ولا الشجر جميعا .

(والأقرب) أن حذف ـ الميم ـ تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب . وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البسـتان . والحائط بمعناه وأنه لا يتجه فرق فيها بين البنـاء والشجر . كما قاله الرافعى . لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الاشارة الى الجميـع وعدم ما يقتضى اخـراج شىء من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعتك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وان كان فيه غراس فعلى ما تقـدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهـذيب . وخـلاف

ما قاله الرافعى أيضا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فــرع)قول الغزالى فى الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعنى به الأظهر من الطرق ، فانه فى الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما فى اسم الأرض (وأصح) الطرق عنده فى اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تســوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان ، والشــجر بالنسبة الى الدار والذى حكاه الامام والغزالى فى استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ؛ وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البنــاء والشجر أى ان قلنا : البناء والشجر داخلان فى الأرض فههنا أولى (وان قلنا :) لا يدخل فههنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالى « الأظهر »(1) أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الامام نفيه .

ولكن الغزالى صرح فى الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف فى الأرض فينبغى أن يحمل كلامه فى الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فانه ليس فى كلامه التســوية بين الدار والبستان كما فى كلام الامام وان كانت التسوية متجهة ــ وقد تقــدم فى استتباع الدار الأشجار بحث ــ ويمكن أن يعــود مثله هنا فى هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاســم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنــا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه . ولو كان فى البســتان ماء فهل يدخل فى العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع نخــلا وعليها طلع غير مؤبر دخــل فى بيع النخــل ، وان كان مؤبرا لم يدخــل ، لمــا روى ابن عمــر رضى الله عنــه أن النبى صلى الله عليه وســلم قال : « من باع نخــلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

(1) من اصطلاح متأخرى الأصحاب أن الأظهر الراجح من الأقوال والأصح هو الراجح من الأوجه . وكان المتقدمون يتساهلون فى اطلاقها فتحل الأظهر أحيانا محل الأصح والعكس والراجح من الطرق هو (المذهب) (ط) .

الا أن يشترطها المبتاع » فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها اذا لم تكن مؤبرة فهى للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل فى البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فكذلك الثمرة . قال الشافعى رحمه الله : وما شقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر) .

(**الشرح**)حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » وفى لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفى لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشتراها » وفى لفظ له أيضا « أيما امرىء أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المبتاع بغير هاء ، وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء فى الموضعين . هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المبتاع سائر ذلك ، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك فى مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها فى شىء من طرق الحديث ، وقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور .

(وقوله) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه (وقوله :) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرانج ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره . وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولا واحدا ، والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا فى معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد فى بعض الروايات : من باع ، وفى بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث فى صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

(وقوله :) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبرا ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلعها وظهر ما فى بطنه وضع فيه شىء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تشقق ويؤخذ شىء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرانى طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحا لها ، وهذه (هى) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب فى ناحية من نواحى البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفى عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل فى مسمى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك •

(أما الأحكام) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جاز مطلقا ، رطبا ويابسا ، وان كان بشرط القلع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضا ، وقال الصيمرى : ان كان كالفجل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر العصفر وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعا ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : فسد البيع ، وان أطلق فالمشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

اذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج فى مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابسا والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما فى الثمار قال فى التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى اذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضا فى مطلق بيع الشجرة . وكذا الأوراق ، وفى ورق التوت ونحوه خلاف

سيأتى تفصيله فى كلام المصنف ؛ وفى أغصان الخلاف(١) التى تقطع أغصانه ويترك ساقه ، فاذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل فى العقد .

(أما) الخلاف(١) الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفى أصوله الخلاف الذى فى أصول البقل قال ذلك القاضى حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخـل أغصانها فى البيع بلا خلاف ، وفى كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفى كتاب الوقف قال : انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ، ففى دخول أغصانه فى بيعه خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل فى بيع الشجرة الكرم الذى عليها ، قاله القاضى حسين فى الفتاوى ، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشترى تفريغ الأرض عنها للعادة ، ولا يدخل مغرسها فى العقـد وجها واحدا قاله القاضى حسين ، وحكمها حكم سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضى حسين .

قال فى التتمة : فلو شرط ابقاءها فسـد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق فى البيع عند شرط القطع ، وان كانت مجهولة تبعا ، كذا قاله ، وقال الصيمرى : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ، لأن أسفلها غائب ، ولا يدخـل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض .

وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقـدم عن الصيمرى ولا يجب تسـوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله فى الفتاوى ، ولو أطلق جاز الابقـاء أيضـا للعـادة كما لو اشترى بنـاء استحق ابقاءه ؛ وليس كالزرع حيث يشترط القطع . لأن الشجرة تراد للبقاء ؛ ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام . وهو بما لا خلاف فيه . وكذلك اذا باع بنـاء مطلقا قاله الامام . وهل يدخل المغرس فى البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) ويحكى عن أبى حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا الى غاية ؛ وذلك لا يكون

---

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله فى البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعى وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناوله •

وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان فى دخول الأس فى بيع البناء كما تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف فى استتباع الأرض أشجارها ، فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له الا الملك يعنى أن ذلك لا يكون اجارة للتأبيد ولا عارية لعدم جواز الرجوع ، وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا ، فعلى الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثانى ليس له ذلك ، وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرفعة : يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله فى الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على ما يفرغ •

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام فى كتاب الرهن : ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير فى مثل هذه الصورة . وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة ؛ قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف فى العارية ؟ وقال ابن الرفعة : يشبه أن يقال : (ان قلنا :) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية ؛ والا فلا يلزمه وجها واحدا ، والخلاف فى دخول المغرس والأس فى البيع مثله مذكور فى الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام فى كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه •

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض فان جهل المشترى الحال وقلنا بدخولها فى البيع لو كانت للبائع ؛ قال ابن الرفعة : فيشبه أن يقال : يثبت الخيار ، كما اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن . ثم بان أن لا حمل ؛ ولا يبطل البيع لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا . وهذا اذا كان الابقاء مستحقا له بطريق ـ باجارة أو غيرها •

(أما) اذا كان فى أرض مغصوبة فحكى الماوردى فى كتاب الغصب فى صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لأن [الاجارة تقتضى][(١)] الابقاء وهو لا يستحقه فى هذه الحالة (والثانى) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الاطلاق وانما يستحق الابقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك ، قال ابن الرفعة : والذى تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ، ولم تنقض مدة اجارته وعلم المشترى منه ذلك فهل نقول يستحق الابقاء فى بقاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها فى العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة ؟ فيه نظر واحتمال ، قال : والأشبه الثانى ، والعمل عليه فى العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة ، لا فى حال حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا :) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا : تنتهى بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه ؛ كما هو محكى فى الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم .

وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ؛ وقد استشكل ابن أبى الدم دخول المغرس فى بيع الشجر ، ورأى القول به فى غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتشتبك عروقها فى جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا فى بطنها لاشتباك العروق ، واثباتها يفضى الى أن يملك مشترى الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ؛ وأيضا فاما أن يملكه نازلا فى طبقات الأرض على مسامتة العروق وفى جهة العلو الى وجه الأرض على مسامتة العروق . ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يستتر العروق ؛ والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق .

(والثانى) باطل لأنه يؤدى الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهى مجهولة

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق .

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فســاده تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضــا أنه اذا ملك شــجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك فى صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد عرق شبرا أو فترا فى جــزء من الأرض ملكه ملكا متجــددا ، وهذا بدع فى الشرع ، لا يصير اليه بجعل ، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد .

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخــلا دخل جريدها وسعفها وخوصها لا خلاف فى ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ؛ وان كان مؤبرا لم يدخــل للحديث الذى استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه . وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصــار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعــله الغزالى فى المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطــاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ؛ فلمــا جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشترى كما نقوله فى سائمة الغنم زكاة .

(والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ؛ وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعــدم الشرط ، فمن قال : انها للبائع فى الحالين فقد خالف من وجهين :

(أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط ؛ ولم يجعلها هو له بهذا الشـرط .

(الثانى) أنه ــ أعنى المخالف ــ جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط .

(والدليل الثالث) من الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم اما أن يكون ذكر التأبير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، واما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل الى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ؛ وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمـل ، فتعين الثانى وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير ، وذكر الشـيخ أبو حامد عن الشافعى من الاستدلال [ما هو] موجـود فى الأم فانه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حد[1] قال : « اذا أبر فثمره للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه اذا لم يؤبر غير حكمه اذا أبر ولا يكون ما فيه الا للبائع أو للمشترى لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشترى بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك فى الاملاء أيضا .

وقال فى المختصر : اذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الابار حد الملك للبائع فقـد جعل ما قبله حد الملك للمشترى على أن كلام الشـافعى فى الأم يحتمـل أن يكون جعله من مفهوم الشرط ؛ وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبى حامد ومن تبعه يقتضى أنهم لم يريدوا بالوجه الثانى جعله من مفهوم الشرط ، بل انه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضى أبو الطيب وفيه بعـد الا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا . والمخالف يقول : انه ليس بشرط . فهذا الذى أرادوه — والله أعلم — راجع ؛ وهو بهذا التقدير صحيح ؛ ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط . ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكروه وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

(وأما) الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجـع الى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به فى كل شرط أو صفة ؛ لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر فى اللغـة أنه اذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخـر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا الى البحث عن طلب فوائد التخصيص ؛ فالوجه الأول ماش على الطريقة

---

(١) لعله حدد حيث هى فى الأصل (حد) (ط) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعي الذى حكيته يشعر بذلك ؛ لكن الأنبــارى فى شرح البرهان نقــل عن الشافعى أن اختياره الثانى ، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية •

(وأما) الثانى فقد نبهت على مراد الأصحاب به . وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عنــد كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة • واعلم أن هــذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشــافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المــالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأشعرى وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط •

(وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفيه فى الأصــل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمســك فى هذا الفرع به • لكن الخصم فى الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس . ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشترى تبعا للشجرة . وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود •

(فان قلت :) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصــل وبقائها على ملكه •

(قلت :) لابد فى ادراجها فى البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس . واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى رضى الله عنه عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حائطا مثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكراه فلمــا ثبت البيع اختلفا فى الثمر واحتكما فيه الى النبى (صلى الله عليه وسلم) فقضى بالثمر للذى لقح النخــل ــ البائع ــ وهــذا من مراســيل عطــاء ففيه اعتضــــاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فان قوله ــ البائع ــ دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العمــوم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عمــا عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية . ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته . وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل فى مســنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم بثمر النخل لمن أبرها الا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه الا أن يشترط البائع » •

فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى ؛ وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق فى الشرح ، وأبو على الطبرى فى المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال : وهذا نص ، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة الا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيهما بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع][1] وقال الماوردى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :

جذذت جنى نخلتى ظالما　　　وكان الثمار لمن قد أبرا

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) :

« وكان الثمار لمن قد أبرا » •

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى

❋ وهو سر غالب لمن غلب ❋

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) : « وهو سر غالب لمن غلب » •

تثبيتا لهذا القول • وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ، وله تتمة تأتى فى فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم •

فرع
فى مذاهب العلماء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن على والطبرى • وقال ابن أبى ليلى:

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

يدخـــل الطـــلع فى بيـــع النخـــل بكل حال وقال أبو حنيفـــة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعى : لا يدخـــل بكل حال مؤبرا كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معا ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصـــل بأصل الخلقة فأشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم •

(وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء انمـــا دخلت لأنها أجـــزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلا •

(وأما) الثمرة فانها نمـــاء (وردوا) هذا القول بمـــا تقـــدم من السنة والاستدلال •

(واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها . وبأنها يجوز افرادها بالعقـــد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياس على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال اذا انتهت اليه أخـــذت فلم تتبع الأصل كالزرع فى الأرض . وبأن الزرع لا يتبع الأرض فى حالة ظهوره ولا فى حالة كمونه فكذلك الطلع . وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها اذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه . قالوا : فعلمنا أن المعنى فى ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع فى الرهن فكذلك فى البيع كالمؤبرة •

(وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث (عن) الأول بمنع كونها برزت عن الأصـــل فانها فى غلافها (وعن) الثانى بأنا لا نسلم جواز افرادها بالعقـــد على رأى أبى اسحاق المروزى لأن المقصـــود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز فى القشرة العليـــا . ولئن سلمنا فجواز الافـــراد لا يدل على عدم التبعية . الا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخـــلة فى البيع تبعا ويجوز افـــرادها بالبيع (وعن) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الاناث ، ولو سلم فالفرق أن طلع الاناث المقصـــود منه ما فى جوفه . وطلع الفحال هو المقصـــود على وجهه (وعن) الرابع بأن الزرع بمـــاء برز عن الأصل بخلاف الثمرة (وعن) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمـرة فانها مستترة فى الشجرة من أصل الخلقة .

(والجواب) عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة فى الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا للفظ الحديث ومعناه (وعن) السابع من وجوه : (أحدها) أن الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم : يدخل الطلع فى الرهن تبعـا للأصل .

(والثانى) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبيع يزيل الملك .

(والثالث) أن المعنى فى المؤبرة أنها أخذت شبها من الولد المنفصل وشبها من الجنين فتعارضا ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

(تتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمـل الى آخـره هو من كلام القاضى أبى الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل ـ الشيخ أبو حامد والمـاوردى وغيرهم ، وتقدمت الاحترازات التى فيه ، لكن الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى هـذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين فى أن لها حصة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جـاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك لـما كان الثمر مثل الجنين فى بطن أمه لأنه يقـدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحا منه ؛ والجنين لا يقـدر على اخراجه حتى يقـدر الله تعالى له ولا يباح لأحـد اخراجه ، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا فى بعض حكمهما بأن السنة جاءت فى الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين فى الاجماع فجمعنا بينهما خبرا لا قياسا اذ وجدنا حكم السنة فى الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع فى جنين الأمة ، وانما مثلنا فيه تمثيلا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتـاج الى أن يقاس على شىء بل الأشياء تكون تبعا له .

هذا كلام الشافعى رضى الله عنه ، وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد فى ذلك على الحديث وحـده ، وكما دل الاجمـاع فى

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده . كذلك دلت السنة فى الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعى فى هذا الموضوع صريح فى أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الاصحاب ، والأصحاب ذكروا فى أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقين (احداهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعى (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهى ضعيفة لمخالفتها النص ، ورجحها الرافعى فى باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعى رضى الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ؛ وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها .

(أما) الاعتراضات فان المعنى فى الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعا . وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة ؛ وهذا قريب مما قاله الشافعى رضى الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشترى وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل . وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ؛ وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم ؛ فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها .

(وعن الثانى) بأنها اذا كانت كامنة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فأما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبها من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم ؛ وليس أحدهما أولى من الآخر . فتعارضا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت .

(وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت فى البيع .

(فائدة) كلام الشافعى رحمه الله المتقدم كالصريح فى افادة

الاجماع على دخول الحمل فى بيع الأم ، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما فى بطنها وليس مجـرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهرى قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلمـاء وان النظـر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضـو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلمـاء يشعر بخلاف اذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعـلم فى المسألة اجماعا ، ومحل الجزم فى دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيـع قد وجد باختياره .

قال ابن الرفعة : وفى معناه كل تمليك جـرى بالاختيار من المـالك اما بنفسـه أو بوكيله وفى معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سـفه أو فلس ، وهل الاستتباع فى هذا الأجل رضاء بانتقال الملك فى الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخـرج عليهما مسائل ذكرها الامام فى باب الخراج بالضمان .

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والقديم أنه يتبعها كما فى البيع ، ومثلهما جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه فى المسألتين راض بخـروج الملك فى الأولى وبتعلق الحق فى الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضـا فيمـا لو رهنهـا حائلا فحملت .

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاه ، كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت فى يده أو رجـع فيها بائعها عند فلسـه وهى حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان .

(قلت) قضـية المـأخذين أن الأب لو رجـع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولا واحـدا لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقـد حكى الامام فى التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير ، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا

وما يجــرى من الارتداد فهذا ليس فى حكم العقود ، فجرى الأمر فى التبعية على التردد •

قال ابن الرفعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم فى الرد بالعيب ونحــوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه افضاؤه فى التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمــل فى البيع ؛ وهل يصح البيع ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فهنا أولى والا فوجهان :

قال القاضى حسين فى كتاب أمهات الأولاد قال : اذا كان متزوجا بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشترى الجارية على وجه يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجــوز بيعها من غيره ، ومثل الوجه فى بيعها منه اذا أوصى له بحملها مذكور فيما اذا باعها من مالك الحمل ، والله أعلم •

(قاعــدة) العقود التى يملك بها النخل والثمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق والخلع والاجارة كما اذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهــذه العقــود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة •

(والضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخــلا فأطلعت فى يد المشــترى ثم فلس فرجع البائع فى عين ما له فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند الرويانى التبعية ، وكما اذا رهن نخــلا فأطلعت . فحل الدين والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع فى البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الرويانى هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقــوا على هذين القسمين أنهما من عقــود المعاوضات التى على غير وجه المراضاة . وقد يتوقف فى اطلاق العقد على الرجوع فى الفلس ، والأمر فى ذلك قريب . ومن عد ذلك فى عقــود المعاوضات أراد به البيع الذى يرتب الرجــوع عليه ؛ وحكى الجرجانى الوجهين أيضــا فى بيــع نخيل المفلس فى دينه •

(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع فى هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردى هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبنى عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان فى كل هذه المسائل التى فى الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ، وهى اذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل فى الرهن بإطلاق العقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضى أبو الطيب : قال فى الجديد : لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول فى القديم : يدخل على طريق البيع ، ثم رجع عنه فى الجديد •

(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول اذا استرجع به نصف المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول ، فههنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع الى الزوج قولا واحدا ، قال الماوردى : لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد : انه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار الأصل الا فى هذه المسألة يعنى قولا واحدا ، وتعليله أن الصداق اذا كان زائدا زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فاذا لم يرجع بالزيادة التى لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع الى أوان الجذاذ وجعل الماوردى من هذا القسم الوالد اذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الرويانى القطع بذلك فقال : وفى الحاوى ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع فى الهبة من الولد غير المؤبرة قولا واحدا ، لأنه لا معاوضة ولا تراض •

(فرع)قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعنى الحنفية انه ان رهن أرضا أو أقر بها دخلت الثمار يعنى عندهم وهذا يرد عليهم فى كونهم يقولون : لا يدخل فى البيع ولا فى غيره الا فى هاتين المسألتين •

(فــرع) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعي رحمه الله : وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة ، فهو كذلك في الأم والمختصر ، وان لم يكن بلفظه ، والقياس الجلي ظاهر في ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح ، وهو أن يكون فحول النخل في ناحية الصبا ، فتهب في وقت الابار ، فان الابار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعي رحمة الله عليه في البويطي : الابار في النخل اذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار ، أبر أو لم يؤبر ، قال المـــاوردي : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصلح للثمرة .

ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الاناث بعـــد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : ان وقت التأبير قائم مقام التأبير . وان وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع . والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها . فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك ، وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به . وقال ابن الرفعة ما معناه : انا انما اتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ ، ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند امكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر في التمهيد : لم يختلف العلمـــاء أن الحائط اذا تشقق طلع اناثه فأخر اباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ، أن حكمه حكم ماأبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغيبها في الخف . وماذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري : انه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا . فقال : لا يجوز في ثمرة النخل الا الاشتراط فقط .

(وأما) البيع فلا ، حتى يصير زهوا فاذا هو صار زهوا[1]

---

(١) الزهو البسر الملون يقال اذا ظهرت الحمـــره والصفرة في النخل فقد ظهر فيه الزهو (المطيعي) .

جاز في الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا فى النخل المأمور خاصة : ولم يطرده فى غير النخل من الشجر . ولا فى النخلة الواحدة والنخلتين : وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه فى النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولمخالفيه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « **أعجاز نخل منقعر** »(1) واذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

(**فرع**) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئا منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم فى الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق فى الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه فى لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشهب من المالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك وداود : وفى مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يدعه كله .

(**فرع**) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشترى الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن ، ولو أجيحت كلها كانت من المشترى ، وتمسك ابن حزم فى أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وحمل هذا على عمومه . والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون لى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

(**فرع**) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

---

(1) القمر : ٢٠ .

قطع الثمار ، وممن صرح بهذا الفرع القاضي حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة تافهة .

(فرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشترى ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف فى الجواز ، وان اختلفوا فى جواز افرادها فى البيع ، فان ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح ، قال القاضى أبو الطيب : قال فى كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة فى نخله حين باعها اياه اذا كان استثناها على أن يقطعها ، فان استثنى على أن يقرها فلا خير فى البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وانما شرط القطع فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(قلت :) قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل ؟ فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فأشبهت الداخلة فى ملكه ابتداء ، فلذلك شرط شرط قلعها ، والوجهان مشهوران فى طريقة المراوزة حكاهما القاضى حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

(منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فان قلنا هناك : يصح ، فههنا يجب القطع فى الحال ، وان قلنا هناك : لا يصح ، فههنا يصح ، ولكن لا يجب القطع فى الحال ، هكذا قال القاضى حسين .

(ومنها) اذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق . وفى الولاء قولان (أن قلنا) المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة ، والا فللمتوفى ، ومنهم من يؤول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشترى الطلع ، فانه يجوز بشرط القطع ، هكذا قال القاضى حسين وغيره ، وممن جزم بظاهر النص الماوردي على ما حكى الروياني عنه ،

لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ فى النقل ، لأن حرملة نقــل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير فى البيع ، فوقع الخطأ فى النقل من قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضى حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصــول والثمرة للمشترى ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجــز الشراء الا بشرط القطع ، ولكنا نعود الى الكلام فى ذلك عند بيع الثمار .

(وأما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشترى فينبغى اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناؤه لا يصح ههنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظرهم بعد ذلك فى أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ (والجواب) عن هذا أنها ليست كالحمــل من كل وجه كما تقــدم ، وقد تقــدم خلاف فى جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال فى جواز استثنائها ، وان قلنا بقول أبى اسحاق المروزى وهو أنه لا يجــوز افرادها بالبيــع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناؤها ، فانه لا يشترط فى المستثنى ما يشترط فى المبيع . وقال المــالكية : ان شرطها البائع لم يجز ، وكأن المشترى باعها قبل بدو صلاحها .

(فــرع) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطــع فأطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمــرة للمشترى : قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمــرة اليه مع التصريح باستثنائه محال عندى ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقــد فى الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذى ذكره الامام هو الذى جزم به المــاوردى ، وأنه يفســد البيع تفريعا على هــذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر المــاوردى أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

(فــرع) اذا بقيت الثمــار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعنى بشرط القطع رأينا الابقــاء . وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمــار المؤبرة اذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعهــا وان كان يشترط فى صحة

بيعها اذا أفردت شرط قطعها (قلت :) لأنها لم تشرف على الزوال . فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل التأبير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط فى الاستثناء شرط القطع ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردى : انه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والأصح) خلافه ، وقد تقدم الكلام فيه قريبا (والثانى) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة : وسيأتى الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشترى ، فلو تلفت فى يد البائع قبل القبض ثبت للمشترى الخيار ، ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وان شاء أجاز فى الأصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين فى تفريق الصفقة ، وليس كما اذا قطعت يد العبد ، فانه ان أجاز يجيز بجميع الثمن قولا واحدا على المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعى رضى الله عنه ، وممن صرح بهذه المسألة القاضى أبو الطيب والمحاملى والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشترى لنفسه ثم تلفت . وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن . وعن القاضى أبى حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعى رضى الله عنه . ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين فى أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وهو مردود لنص الشافعى رضى الله عنه على خلافه .

(فرع) باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشترى : انها مؤبرة ، ولم يعلم المشترى بتأبيرها ، ثم علم . كان الخيار . قاله الشافعى رضى الله عنه والأصحاب ــ القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى ــ وعللوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى . فان من الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة . أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة ، وأيضا فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه ، وربما يتأذى به . قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك فى البيع قولا واحدا . وان قدح فى الزرع على وجه ؛ لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

(فــرع) بيع الطلع فى قشره مفــردا مقطوعا على الأرض ؛ أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان (قال) أبو اسحاق : لا يصح ؛ لأن المقصــود من الطلع مافى نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبى هريرة : يصـــح ، لأن الجميع مأكول ، والمــأكول اذا استتر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبى حامد فيما نقل عنه ، والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والمــاوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى ، وقال الامام : ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التقريب حكى فيه قولين ؛ وبناهما على بيع الحنطة فى سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبى حامد أنه اختار قول أبى اسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ؛ كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ؛ وهو ظاهر . والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهى عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن فوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب التتمة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة . وسيأتى فى كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ؛ ونذكر تأويله هنـــاك ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشترى ، وان شقق فى أوانه فهوللبائع ، وان لم يتشـــقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت التشـــقق مقام التشـــقق أو لا ؟ فيه نظــر واحتمال (قلت :) وهذا الاحتمــال باطل ؛ والحكم كما مر مع الظهور وجودا أو عدما .

(فــرع) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحــرم الكمام للمشترى ؛ فانه يترك على النخلة . نقله عنه فى النهاية ؛ وجزم به فى الروضة نقلا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة .

(فــرع) باع نخلة لم يخرج طلعها فانه يخرج طلعها على ملك المشترى . فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمى فى الكافى .

(فــرع)لو شرط غير المؤبرة للمشترى قال فى التتمة : كان تأكيدا ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتى نظيره فيما اذا باع الثمــرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها : يصح ، وسيأتى البحث المذكور فيهــا وهو هنا أقــوى لأن المؤبرة التى لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولا واحــدا ، ولكن يشترط فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا فى بيعها مفــردة خلاف ، فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل ، فاذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمــل ، وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعى بطلانه ، والله أعلم •

(فرعــان) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشــيخ أبو حامد فى تعليقه عنه •

(أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت فى يد البائع ، فالثمرة للمشترى ، ولا يكون شىء من الثمن مقابلا لها ، وهى أمانة فى يد البائع فان سلمها استقر البيع فى النخلة . وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفتا انفسخ البيع فى النخلة ؛ وعليه رد ثمنها ، ولا شىء عليه لأجل الثمرة ؛ وان تلفت الثمــرة سلم النخلة وأخــذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميــع الثمن عن المشترى ، وأخذ الثمرة ولا شىء للبائع •

(الثانى) اشترى أرضــا عليها نخيل مؤبرة ؛ واشترط كل ذلك . وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمــرة أخــرى قبل أن يتسلمها ؛ فالثمرة الحادثة فى ملك المشترى . فان أكل البائع الثمرتين جميعا كان عاصيا فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطبا فثمنــه وان كان أكلها تمرا فمثله . وأما الخارجة فالمشترى بالخيــار لأجلها . فان فســخ البيع رجع بجميع الثمن ؛ وان أجاز فعلى القولين فى جناية البائع (ان قلنا :) كالآفة السماوية أجاز فى الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا :) كالأجنبى أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة . والله أعلم •

(فائدة) الغزالى رحمه الله تعالى فى المستصفى من المنكرين لهذا

المفهوم : ولكنه فى كتبه الخلافية كالتحضير[1] بالغ فى اثبات ذلك وتقريره • وأن عرف العرب فى الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال فى المسكوت عنه والبقاء على النفى الأصلى فيه انما كان قبل التخصيص ؛ أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسر فى الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفى والاثبات بطريق الايجاز ، ومعنى التخصيص ايقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة • والجملة اما أن تتمثل فى الذكر بقوله : من باع نخلة فانها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فاذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل فى الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فانه قطع عن البكر ، اذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والعلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم فى قوله «**ثم أتموا الصيام الى الليل**»[2] والتأبير نفى البكارة والعلف والليل والاستتار ، وليس فى اثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعا لذلك الاتصال •

نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم الى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ؛ والتخصيص دليل بالوضع العرفى ؛ فلا يخرج عن كونه دليلا الا بقرينة . فليدرك التفاوت بين الرتبتين • وهذا الذى ذكره الغزالى رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين • فيعلم بهذا الكلام السبب فى ذلك (وأما) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاورة فى كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم . وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : «**فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**»[3] ومفهوم

---

(١) كذا فى ش و ق وليس فى شىء من كتب الغزالى باسم التحضير ولعله صحف واسمه « التحصين » وهو كتاب « تحصين المآخذ » فى الخلافيات (المطيعى) •

(٢) البقرة : ١٨٧ • (٣) البقرة : ٢٢٩ •

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا فى حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه فى حالة المصافاة ، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره اللحوق ذكره لمحل الحاجة الى البيان ، وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة اما أن تفوض أمرها للولى لحيائها أو تستقل لزوال حيائها (أما) المباشرة باذن الولى فلا تقع فى العادة فلم يكن من محل البيان فى غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) فى التأبير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبى صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلقحون . فقال : لا لقاح — أو لا أدرى اللقاح شيئا . فقال : فتركوا اللقاح . فخرج ثمر الناس شيصا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمى هذا الحديث فى كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهى عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقاح » صيغة تدل على النهى وأن للشارع أن يتحكم فى أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ، ومال الحازمى الى أن ذلك ليس بحكم شرعى . ولقوله فى رواية أخرى : « انما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ، ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به . فاننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمى : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين . ولذلك أبقينا يعنى فى الناسخ والمنسوخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود مأكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين (والثانى) أنه يدخل فى بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل فى بيع

الأصـــل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصـــح لأن المقصـــود ما فيه وهو الكش الذى يلقـــح به الاناث وهو غير ظاهر ، فدخـــل فى بيـــع الأصل كطلع الاناث) .

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشـــددة . وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخـــل وهو ما كان من ذكوره فحلا لاناثه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخـــل ولا يقال : فحل . ولذلك اعترض معترض على الشافعى رضى الله عنه ، فان الشافعى قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هـــذا خطأ لأنه لا يقال فى النخل فحل ، ولا فى جمعه فحول ، وانمـــا يقال فحال وجمعه فحاحيل . وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز فى اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خـــيرة العســـــل   تأبرى من جيـــد فســـــل

اذا ضن أهل النخل بالفحول

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما فى بطـــون طلع الفحال الذى يلقح بها طلع الاناث .

(أما الأحكام) فقال الأصحاب تبعا للشافعى : (اذا كان فى النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيـــع واما أن يبيعهما معا فان أفـــرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شىء من طلعها أولا ، فان تشقق شىء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة) وان لم يكن تشقق شىء من طلعها (فأحد) الوجهين أنه للمشترى وهو الصحيح وقال المصنف فى التنبيه والشيخ أبو حامد فى تعليقه : انه المنصوص . وادعى بعضهم أنه ليس فى المســـألة نص (ومن أصحابنا) من قال : للبائع ، مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصـــود ما فى جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشترى وهذا أصح عند المـــاوردى والجرجانى فى التحـــرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصـــود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكش الذى يلقح به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث فى التشـــقق سواء .

قال المـــاوردى : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا فى

طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ أو قياس تقريب ؟ قال بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هـذا لا يصير طلع الفحال مؤبرا الا بالتشقق وقال آخـرون بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبرا اعتبارا بالعرف ا هـ .

ولو كان قد تشـقق شيء من طلع الاناث وأفـرد الذكور بالبيـع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتيين فيما اذا أفـرد ما لم يؤبر بالبيع قاله الفوراني وأما اذا جمع في العقـد بين الفحول والاناث فان كان قد تشـقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقا (اما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث واما على الوجه الآخـر ، فان طلع الاناث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال . وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشترى ، بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضى حسين والامام في القسم الآخـر لغير المتشقق فيه ، فهو كجنس آخـر . وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجورى : اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا . فقال أبو حفص : انما جعلت الفحول تابعة لأنها للاقل فالنادر يدخـل في الغالب ، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا . فاسـتوى المؤبر منه وغيره ، وقال غيره : اذا تشقق شيء من الاناث فباقي الحائط وذكوره واناثه تبع له ، واذا تشـقق شيء من الذكور فسائر ما بقى من الذكور والاناث تابع . فهذا الكلام يقتضى أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحـال للبائع بكل حال . وأنه علل تبعيتها للاناث عند الاجتمـاع بهذه العلة وبعلة أخـرى وهي الندرة . غير أن التعليل بالندرة انما يتم على ما هو المعهود غالبا . فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصـلا لا من طلع الاناث ولا من طلع الفحول . فعلى الصحيح الكل للمشترى ، وعلى الوجه الآخر طلع الاناث للمشترى والفحال للبائع .

وقال القاضى حسين : على هذا الوجه فيه وجهـان كما في طلع الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض . وجمع بينهما

فى العقــد . وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ؛ وقال المتولى : انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ؛ فلا يجعــل الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع .

وحكى فى الحاوى وجها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ؛ لأن مقصــود الثمار طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصــد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى ؛ فعلى هــذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخــر ، وعلى الوجه الآخــر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشترى، وينبغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الاناث أيضــا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين ، الا أن يتمسك بما تقــدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحــول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع ؛ وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحــول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ؛ وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك . وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشــافعى فى الأم : (ومن باع أصل فحل نخــل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها للبائع الا أن يشترطه المبتــاع) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن اطلاق عبارة الأم تصــدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفــرد ما لم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ؛ ومفهومه يقتضى أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشترى ، كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لأنه يشــمل ما اذا تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشترى ، فلذلك عبارة المختصر أبين .

ثم قال الشافعى فى الأم : (ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشترى) وهذا النص يقتضى أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شىء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذى أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعى نخــلا بالنون والخاء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ ، فانه حينئذ يقتضى أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشترى ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحــلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم — والله سبحانه وتعالى أعلم — ويؤيد ما قلته أن الشافعى قال أيضــا فى المختصر : ولو تشقق طلع اناثه أو شىء منه فهو فى معنى ما أبر نخله ، فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طلع الذكور .

(**فائدة**) أطلق المصنف الوجهين فى هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضى أبو الطيب ، وفى التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التى يؤخذ منهــا ما اشتهر على ألسنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد . والمهذب من طريقة القاضى أبى الطيب ، وذلك غير مســتمر ، فسيأتى فى تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب ، لكن ذلك فى صنعة التصنيف لا فى النقــل وفى ذلك الموضع يأتى كلام فى مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندى أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك فى الأكثر فربما . ويترك ذلك فى بعض الأوقات لمــا يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال الا ما حكيته عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشــيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخــر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك ، والله أعلم .

(**فــرع**) قال المــاوردى : اذا أخــذ طلع الفحال جاز بيعه فى قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا . قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر فى ذلك قولين ، وأنه بناهما على بيع الحنطة فى سنبلها ، قال الامام ، وهذا مقدح حسن •

(فائدة أخرى) ادعى بعضهم أنه ليس فى خصوص مسألة الفحال نص للشافعى ، وأنه لا يمكن أخذه من اطلاقه أن الابار حد لملك البائع ، لأن الابار عبارة عن اصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو شقه بالكش الذى فى طلع الفحال ، فلا ابار فى الفحال ، فلا دخول له فى هذا ، ولا يمكن حمل كلامه فى التنبيه فى قوله : وهو خلاف النص على نص الحديث ، لأن الحديث انما يحمل على التأبير اللغوى ، وهو انما يكون للاناث على ما سبق ، وجعل التشقق فى معناه حكم شرعى من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعى أولى •

(فرع) باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال فى الاستقصاء : (فان قلنا :) انه كطلع الاناث فهو للمشترى (وان قلنا :) انه كالمؤبرة وقلنا : انه يملك بالعقد أو موقوفه فهو أيضا للمشترى (وان قلنا :) انه لا يملك الا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون الجميع للبائع ، لأنا لو قلنا : ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى أدى الى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فجعل ما لم يؤبر تبعا للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها فى تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن فى افساد البيع[1] •

[وقال أبو على بن خيران : ان كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر ، وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

---

(١) مابين المعقوفين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ، وانظر هذا كله كان ساقطا دون أن يحققه المشايخ رحمهم الله فى طبعتهم ودون ان يذعن ناشر (ق) للحق فيجعله حيث وضعته الآن وحسبنا الله ونعم الوكيل •

النوعين تابعــا للمؤبر من نوع آخــر ، لأن النوع الواحــد يتقــارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لمــا ذكرناه من ســوء المشــاركة واختلاف الأيدى وذلك يوجـد فى النوعين كما يوجـد فى النوع الواحــد • وأما اذا كان له حائطان فأبر أحدهمــا دون الآخــر وباعهما فان المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى ولا يتبع أحدهما الآخــر لأن انفــراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدى الى سوء المشــاركة واختلاف الأيدى ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه] •

(**الشرح**) الحائط وهو البستان من النخيل •

(**أما الأحكام**) ففى هــذه الجملة مسألتان (الأولى) اذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميــع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لمــا أبر (أما) اذا كان نوعا واحــدا فاتفق عليه الأصــحاب تبعا للشافعى رضى الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصــل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخــلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصــل الابار أن يكون فى شىء منه الابار ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كمــا لو بدا صلاح شىء منه ، وفيما ذكروه من اطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضــها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفى تأبير نخلة واحــدة فى البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقى تبعــا فدعوى اطلاق التأبير على الجميع حقيقة فى غاية البعد •

وقد وقع فى كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتــاع • وهذا لو ثبت كان صريحا فى المطلوب ، لكنى لم أجــده فى شىء من ألفاظ الحديث التى وقفت عليهــا ، وانما فيها كلهــا جعل التأبير صفة للنخل المبيعــة ، وحقيقة ذلك أن يكون فى الجميع . واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به فى ضمن استدلال ؛ فلعله لم يتثبت فيه ؛ نعم لا يشترط أن يوجــد التأبير فى كل طلع النخلة ، بل متى وجــد فى شىء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وان كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها •

واستدل أبو اسحاق المروزى لذلك بما ذكره المصنف ، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر فى دخوله فى البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر فى الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر فى جواز البيع ، وأيضا فانه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضرورى لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشترى ، اتبع شرطه ، فانها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به ، وأورداه العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح فى بعضها بمنزلة بدو الصلاح فى جميعها ، فكذلك التأبير ، ولك أن تجيب بأن المعنى فى الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح فى جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فانه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدى الى فساد الثمرة وتأذى مالكها وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفى كلام الشافعى فى الأم اشارة الى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب .

(وأما) اذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعى قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شى من نخله فثمرة النخل تلك فى عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل فى عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة فى النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخيل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها

للبائع والتى لم تنتج يدخـل حكمها فى العقـد لأن نتاج الأغنام لا يتفق فى وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل •

وقال أبو على ابن خيران : لا يكون تأبيرا الا فى نوعـه ، لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحـد لا يتفاوت ؛ ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو على ابن أبى هريرة لكنه شرط فى ذلك أن يكون أطلع حتى يكون فى حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعـد البيع ، فقال بأنه للمشترى لأنه ظهر فى ملكه وغلطوه فى ذلك بالنص الذى قدمته عن الشافعى آنفـا ، وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح •

وقول ابن أبى هريرة هذا صححه المـاوردى ؛ وسيأتى فى كلام المصنف ، وانما ذكرته هنا لتعـلقه به ؛ فانه ينتظم به فيما اذا باع نخلا وفيه ثمـرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العـام للبائع (والثانى) قول ابن خيران ليس للبائع الا المؤبر (والثالث) قول ابن أبى هريرة : أن للبائع المؤبر والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشترى ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم يقل أحد من الأصحاب بافراد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا أبر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع ، وان كان المؤبر أقله فكله للمبتـاع ، واضطربوا اذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر : والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع •

(فـرع) هذا كله فيما اذا باع الجميع ؛ أما اذا أفـرد غير المؤبر بالبيع فسيأتى ذلك فى كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسـألة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر احدهما دون الآخر وباعهما فان المؤبر للبائع ؛ وما لم يؤبر للمشترى ؛ ولا يتبع أحدهما الآخـر لمـا ذكره المصنف ، هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب والمـاوردى والرويانى كما فرقنا فى الشفعة بين ما قسـم وبين ما لم يقسـم ، وقاسه الشيخ أبو حامد أيضـا على بدو الصـلاح ، فان بدو الصـلاح فى أحد الحائطين لا يستتبع

الآخــر . وفيه وجه آخــر ان أحد البســتانين يتبع الآخــر ، وجعل الرافعى الخلاف فى البستانين مرتبا على البســتان الواحد فحيث قلنا فى البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفــرد بحكمه فههنا أولى •

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فههنا وجهان (أصحهما) ان كان بســتان يفرد حكمه ، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا فى وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعى رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور (احداها) عند اتحاد النوع والصفقة (والثانية) عند اختلاف النوع على المذهب (والثالثة) عند تعــدد الصفقة اذا أفــرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع ، فانه يكون كما لو أفــرد غير المؤبر فى البستان الواحد ، ولنا فيه خلاف سيأتى ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخــر مقتضى كلام الشافعى(1) أن يأتى فى البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع ، وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره ، فان القاضى حسين حكى عنه فى ذلك وجهين •

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية . وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحــدا ، فأما اذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى ، لكنه يشــبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصــلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة ؛ وقد يقال : انه حاصل بدخول وقته وان لم تشمله صفقة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضــه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعى وغيره : ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين •

قال ابن الرفعة : يشترط أن يكونا فى اقليم واحد بل فى مكان طبعه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشــافعى رضى الله عنه ، وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره ، ثم اعلم أن المــراد بالحائطين ما يكون

---

(1) فى الأصل الرافعى بدل الشافعى ولمـا كان القاضى حسين سابقا فى عصره على الرافعى فيكون الوجهان اللذان حكاهما القاضى هما قولان الشافعى . ط •

أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فان صاحب البيان ذكر المسـألة فيما اذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهمـا نخيل ، لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط ، فان قطعتى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان ، وجعـل التأبير فى أحد الجانبين دون الآخـر ، ثم باع الجميع فان ما لم يؤبر تابع لمـا أبر ، فاذا كان الأرضـان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعـدا فى العرف مكانين ، ولا يعـدان مكانا واحـدا ، وأسباب ذلك اما حاجز بينهما ، واما غير ذلك مما هو معلوم فى العـرف فان من الأراضى ما هى قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحـدة لنوع من التمييز بينها .

(وأما) القطعة الواحـدة اذا أبر جانبا منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية ، لأن صاحب الحاوى قال[1] : وقال الشيخ أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وانما يعتبر أن يصـدق عليهما اسم الانفراد وهو اشارة الى ما قلناه .

(فـرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصـل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فـرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البسـتان أو معه . وهـذا ـ وان كان من الواضحات ـ فان صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعـا له ورغبة فى الايضاح ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له حائط أطـلع بعضـه دون بعض فابر المطـلع ثم باع الحائط ، ثم أطلع الباقى ، ففيه وجهان ، قال أبو على ابن ابى هريرة : ما أطلع فى ملك المشـترى لا يتبـع المؤبر ، بل يكون للمشـترى ، لانه حادث فى ملكه فلا يصير للبائع (والثانى) انه يتبع المؤبر ، فيكون

---

(١) بياض بالأصل ولعل المـاوردى منقول قوله هو قول الشيخ أبى حامد لأنه رحمه الله توفى سنة ٤٥٠هـ حيث توفى الشيخ ابو حامد ٤٠٦هـ ببغداد ، والله اعلم بالصواب .

للبائع ، لأنه من ثمرة عامة ، فجعل تابعا له كالطلع الظاهر فى حال العقد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففى طلعه وجهان (أحدهما) أنه للبائع ، لأنا جعلناه فى الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع ، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع (والثانى) أنه للمشترى ، لأنه انما جعل كالمؤبر اذا بيع معه ، فيصير تابعا له ، فأما اذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله) .

(الشرح) فيه مسألتان :

(المسألة الأولى) اذا باع جميع نخل البستان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد ، فأطلع بعد البيع فى ملك المشترى فلا اشكال فى أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطلعا غير مؤبر تابع له ، فيكون للبائع أيضا (أما) ما أطلع بعد ذلك ، فان كان من طلع العام المستقبل فهو للمشترى . وليس محل الوجهين ، نبه عليه الماوردى ، وهو ظاهر من كلام المصنف وان كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة ، وادعى الماوردى أنه الأصح ، وتبعه ابن أبى عصرون أن ما أطلع فى ملك المشترى لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشترى كحدوثه فى ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضا هذا الوجه عند الكلام فى اختلاط ثمرة النخل المبيعة بثمرة البائع . (والثانى) وهو قول أبى حامد الاسفرايينى وقال : انه المذهب انه يتبع فيكون للبائع خوفا من سوء المشاركة كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر خوفا من سوء المشاركة . ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعى . وفرق الماوردى منتصرا لقول ابن أبى هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه العقد ؛ قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله . وفساد تعليله ؛ يعنى أبا حامد .

(قلت :) وقد تقدم أن قول ابن أبى هريرة الذى انتصر له الماوردى مخالف لنص الشافعى الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث . فانه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع ، وثمرتها تتحمل ما كان مطلعا حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه فى ثمرة العام المستقبل بدليل . فينبغى فيما عداه على ظاهر العموم ، الا أن يقال : ان قوله فثمرتها لا يشمل الا الثمرة الموجودة ، وهى المطلعة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية الى ذلك ، وما ألزم به الماوردى من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط فى البيع يشترط فى الاستثناء .

(وقوله) ان ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ، ورأى غيره ــ وقد تقدم عن أبى اسحاق ــ أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملى وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفى التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها ، وهى جارية المكاتب اذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها : قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستنبط منها هذا الوجه . ووجه فى الجارية اذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذى فى البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثانى للمشترى ، وعن الخضرى أنه كان يحكى فى ذلك قولين (أحدهما) ما نسب الى النص (والثانى) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرفعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع ، فستعرف فى باب الجنايات وغيره ، أن المرجح فى المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شىء ، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغى أن يقطع فى هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام فى الحالة الأولى : ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع فى الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرفعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر . من حيث ان البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه . وقد اختلف قوله يعنى الامام فى أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت :) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم فى موضعه ؛ ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال : ان القول بأن ما أطلع للمشترى ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والموجود فى تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفـــرد المؤبر بالبيع فلا اشكال فى أن ثمرته للبائع ، وان أفـــرد الذى لم يؤبر بالبيع ففيه وجهـــان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، وممن حكاهما القاضى أبو الطيب (وقوله) فصـــار كما لو أفـــرد بعض المؤبر بالبيع ، يعنى اذا ثبت بهـــذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فاذا أفـــرده بالبيع صار كما لو أفـــرد المؤبر بالبيع ، ونظير المســـألة اذا بدا الصلاح فى بعض الحائط فأفـــرد بالعقد الثمرة التى لم يبد صلاحها فيهـــا ففى صحته وجهان كالوجهين . (والصحيح) أن الطلع للمشترى ، وممن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفســـه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : ان وقت التأبير كالتأبير نفســـه وكذلك كلام الغزالى يقتضى ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هـــذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصـــلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصـــل تأبير فى غير المبيع ، ولم يحصل فى المبيع وقد تقدم فى ذلك كلام .

وجزم الفورانى بأنه اذا أفرد النوع الذى لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفـــرد ما لم يؤبر من نوع واحـــد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بنـــاء على أن التأبير فى أحد النوعين تأبير فى الآخـــر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفـــرد الصنف الذى ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصـــح ابقـــاء الوجهين فى كلام المصنف على اطلاقهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعى رحمه الله : (والكرسف اذا بيـــع أصله كالنخـــل) وأراد به كرسف الحجـــاز فانه شـــجر يحمل فى كل ســـنة وتخـــرج ثمرته فى كمـــام ، وتتشقق منه كالنخـــل ، فان باع وقـــد تشـــقق

جوزه فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشترى وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل ، وأما ما لا يحمل الا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع ، ويجيء حكمه ان شاء الله تعالى) •

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى فى الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشام والبصرة ، قال المحاملى : والبلاد الحارة ؛ فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمام الطلع على الشجر ، وقيل : ان بعضهم شاهده يحمل فى السنة ثلاث مرات ، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر ؛ وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتى بالحاقهما بالزرع •

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا فى الحاقه بالنخل • على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه ، فلذلك أفرده بالذكر ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه أفرده بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ؛ قال الأصحاب فى هذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعا لها ، وان أفرده بالبيع جاز مطلقا • ولا يشترط شرط القطع ، واذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل فى بيعها وكان فيه جوز — فان كان قد تشقق منه شىء — كان الكل للبائع الا أن يشترط المشترى وان لم يتشقق منه شىء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثمرة النخل سواء • فالتشقق هنا بمنزلة التأبير فى النخل •

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك • ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق فى أن الكرسف فى ذلك كالنخل • وسيأتى كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره •

(النوع الثانى) ما لا يحمل الا سنة واحدة ، وهو قطن بغداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحـــدة ؛ فحكمه حكم الزرع ان باع الأرض لم يدخل فى العقـــد كالزرع الا أن يشترطه المشترى فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقـــدا غير متشـــقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشترى اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشـــتد فان اشـــتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بعضـــه أم لم يظهر شىء منه ، لأن المقصـــود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل . فان باعه مع الأرض بطل فيه وفى الأرض قولا تفريق الصـــفقة وكذلك فى الزرع مع الأرض سواء • قاله القاضى أبو الطيب •

وان باعه وحده ــ فان كان حشيشا ــ لم ينعقـــد جوزه ، أو انعقد ولم يحصـــل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقـــد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفـــردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفى الأرض قولا تفريق الصفقة ؛ وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشترى أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعى فى ذلك على ماذكر صاحب المهذب نقلا ؛ وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقـــدم عن القاضى أبى الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحـــده ومع الأرض وجاز لمشترى الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن فى البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل فى بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصـــودة كثمار سائر الأعوام ؛ ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة •

وقال القاضى حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل فى البيع . وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها : وكان فيها شىء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعـــل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ؛ وفيه وجهان (أصحهما) الأول قلت : وان لم يتشقق قال فى التهذيب : لم يصـــح بيعه على الأصح وقال القاضى حسين : يصح فى الأصـــل ولا تدخل الثمـــرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون فى كله فلو تشقق بعضه لم يصـــح الا فيه بخلاف ثمرة النخـــل وكرسف الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشـــققه بأن المقصود منه القطن

وفى البيـــان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وان تشقق جوزه كالطعام فى سنبله ، وهذا محمول على غلط فى النسخة التى وقعت لى . وهذه الجملة التى ذكرتها هى قول أكثر الأصحاب •

وقال صاحب التتمة : انه اذا تناهى نهايته ولا يكون له نمـاء بعـد ذلك وهو فى آخـر الخريف فبيعه جائز مطلقا . ويكلف تفـريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمـل لا يتبعه سواء كان متشـققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصـودة وانما المقصود الثمرة فلا تدخل فى بيع البائع ؛ وهذا الذى قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ؛ ولا يتوقع له نمـاء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما فى شجر البطيخ اذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه الى ذلك (وأما) الاستدراك فان أصـول هذا النوع من الكرسف لا تقصـد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد الا والمقصـود حملها ، فقوله : ان حملها لا يتبع لأن الشـجرة ليست بمقصـودة تعليله صحيح ، وليس ينبغى أن يكون فيمـا اذا عنى أنه يشترى الأصول فقط أما اذا قال : بعتك هـذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصـود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقـدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق •

وكذلك اذا قال : بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشـقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وان لم يكن تشقق ولا انعقـد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه فى تلك الحالة فأما ان انعقـد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة فى السـنبل هـذا كلام صاحب التتمة • قال : فلو باع الجوز مع الشـجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولا بيع الغائب والشـجرة ــ وان كان قد رآها ــ فهى تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : فى الجـوز قولا بيع الغائب اذا أبطلنـا ففى الشـجرة قولا تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيـان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين ، والأمر فى ذلك يرجع الى المشاهدة والفقه وقد تبين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج فى كمام ثم يتفتح منه كالورد فهو كالنخيل ، فان كان فى الكمام تبع الأصل فى البيع كالطلع الذى لم يؤبر ، وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان (أحدهما) أنه ان لم ينفتح فهو للمشترى ٠ وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار (والثانى) أنه للمشترى تفتح أو لم يتفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الاشجار ، وليس كالثمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه) ٠

(الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل : فان الشافعى رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذى هو فى حكمه ، قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل ، واندفع فى بيان ما يكون فى معنى ثمر النخل . وشرح الأصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذى له حمل فى كل سنة الى أقسام ، وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد . وتبعه المصنف ، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب . ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذى يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التى ستأتى فى كلام المصنف ، والخامس ما يظهر فى كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد ، وهى ثمرة النخل ٠ والمصنف لم يذكر فى هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتى الأربعة كما ذكر ٠

والقاضى أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة ، فلم يأت فى تقسيمه من الحسن والبيان ما فى تقسيم الشيخ أبى حامد ، فلذلك عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف فى هذه القطعة التى ذكرناها ههنا ضربين ٠

(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين (أحدهما)

ما يخرج فى ورق أخضر لا يشـاهد منه شىء . ثم بعد ذلك يتفتح فيشـاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمـر والأبيض والأخضر والنرجس .
فان كان قد تفتح منه شىء عند البيع فجميعه للبائع : ما تفتـح وما لم يتفتح . هذا هو المشـهور خلافا لـما سنذكره عن صاحب التهذيب ومن تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ؛ وما لم يتفتح يكون للمشـترى ، وأن ما لم يتفتح منه شىء يكون للمشترى كالطلع حرفا بحرف . هكذا قال أبو حامد ، وقال الرويانى فى البحـر والشاشى فى الحلية وابن الصباغ والرافعى عن الشيخ أبى حامد : انه للبائع وان كان فى كمامه ؛ وان ذلك ظاهر كلام الشافعى رضى الله عنه .

(**قلت :**) وهذه الحكاية عن أبى حامد كان يغلب على ظنى أنها وهم ؛ فان الذى فى تعليقه الجزم بالتفصيل المتقـدم ، ولا أعلم خلافا فى ذلك ، فلعله التبس على الحاكى هـذه المسـألة بمسألة الثمرة التى عليها نور ؛ ووقع اختلاف فى نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك .

(**قلت :**) لعـل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه فى ذلك . ويدخـل شجرهذا النوع فى بيع الأرض كسائر الأشجار . وقال البغوى فى التهذيب والخوارزمى فى الكافى : ان الورد اذا تفتح بعضـه فالذى تفتح للبائع والذى لم يتفتـح للمشترى ؛ بخلاف ما لو باع نخـلة تشقق بعض نمرها ، وعلله بأن ما تفتـح من الورد يجتنى ولا يترك . فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض . فكان كل واحد فى حكم المنفـرد بخلاف الثمار فانها لا تجتنى حتى تتلاحق . وكلام أبى حامد والجرجانى والمصنف فى التنبيه وابن سراقة فى بيان ما لا يسـع جهله مصرح بخلافه .

(**النوع الثانى**) من هذا الضرب ما يبرز بنفسـه لا يحول دونه حائل الا أنه يخـرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين . فان كان قد ظهر منه شىء ، فالجميـع للبائع . وان لم يظهـر منه شىء فهو للمشترى ، والظهور فى هـذا النوع بمنزلة التفتح فى النوع الأول . هـذه طريقة الشيخ أبى حامد . وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم .
واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا فى الياسمين خاصة ؛ وكذلك

عبارة الجرجانى ، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب فى الورد لكن عبارة المصنف فى التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور بعضه كظهور كله ، فينبغى أن تحمل عبارته فى المهذب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم •

وأطلق القاضى أبو الطيب فى النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان لم يتفتح للمشترى ، وكذلك قال المصنف فى التنبيه ، لكن بلفظ الظهور لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشترى ، فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضى أبى الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان فى الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف فى الاعتذار عنه بأن المراد الظهور ، وذلك فى الورد وما يخرج فى كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج فى غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون موافقا لما قاله فى المهذب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضى أبى الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له •

وقال الرويانى : ان البنفسج كالورد ، وعد جماعة البنفسج والنسرين من جنس الياسمين ، والحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزارى : والمشاهد فى بلادنا خروجه فى كمام يتفتح عنه كالورد يعنى الياسمين •

(فـرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدواب ، قاله الخوارزمى •

(الضرب الثانى) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق وصححه الرويانى ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شىء فالكل للبائع ، والا فللمشترى ، هكذا عبارة الشيخ أبى حامد ، والشيخ فى عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضى أبى الطيب فانه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما فى ذلك ما ورد عليهما فى اعتبار التفتح فى الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتح فى ورق التوت فسيأتى فى كلام المـــاوردى والرويانى ما يثبته ، وقد أخبرنى من يخبر(١) ذلك ، وأن ورق التوت يخـــرج منعقدا لم يتفتح .

(**فائدة**) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين ــ بالواو والياء والنون ــ بياءين مثناتين . هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثنـــاة والثانية مثلثة . وأنكرها الجوهرى ونسبها ابن قتيبة فى أدب الكاتب الى الفرس .

(والوجه الثانى) أنه للمشترى بكل حال ونسبه الامام الى الجماهير . وصاحب البيان الى اختيار الشـــيخ أبى حامد ، وقال فى التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عنـــد الغزالى والرافعى والقاضى حسين وغيرهم . لأنه ورق فأشبه سائر الأوراق ، ولمـــا ذكره المصنف ومنع صاحب هـــذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة فى ذلك ، أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان فى أوان الربيع أما فى غيره فالكل للمشترى بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الأوراق .

وفى المسألة وجه ثالث جزم به المـــاوردى وحكاه الرويانى أنه ان كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد ورقه فانه يبدو فى عقـــده ثم يتفتح عنها ، فان كان فى عقـــده تبع الأصل وان انشقت العقـــدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع ، قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى اسحاق ، ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان الشيخ قد حكاه .

(**قلت :**) وقد عرفت أن الشـــيخ لم ينفـــرد به بل كل الأصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير المـــاوردى ، وان كان متجها ؛ فان النوع الذى يقصـــد ثمره ولا يقصـــد ورقه كالأحمـــر فيما قال

---

(١) يخبر من باب كتب والخبر بضم الخاء وسكون الباء هو العلم .
(المطيعى)

بعضهم ، فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة ، والله أعلم .

(فرع) الخلاف[1] الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى حسين : والأغصان لا تدخل فى العقد ، لأنه يتزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار .

(فرع) قال الماوردى والرويانى : الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تتفتح عنه ، فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق اذا ظهرت وجها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق .

(فرع) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : انها كالتوت ، لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا ينبغى أن يكون هو الأصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرته ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها ، فانها تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فانه كل مقصوده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر) .

---

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد .

(الشرح) بدأ فى الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل فى تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لافراده اياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، اذا علم ذلك فهذا الضرب الذى يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب •

(أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فاذا باع أصل التين والعنب ، فان كان قد خرجت الثمرة فهى للبائع ، الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت فى ملك المشترى فهى للمشترى ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الأحمر المر ، فان المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم فى الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال فى العنب : عندى أن له وردا ثم ينعقد ، قال المحاملى : وشاهده قول الشافعى : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبر ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة •

قال ابن الرفعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك فى بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزايلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع ، فكذا العنب يكون له ، والماوردى يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة : ولا أثر لهذا الاختلاف فى الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم ، والله أعلم •

واعلم أن كلام المصنف فى هذا الضرب والضرب الذى بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب فى الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب فى هذا الضرب الذى بعده لم أجد فى كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه فى الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الواف : او أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر فى حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشىء بعد الشىء فى التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد فى البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفى هذه المسأله لا حاجة الى ذلك .

(قلت :) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب فى الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثانى) [ما][1] يخرج فى كمام لا يزال عنه الا عند الأكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة) .

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(**الشرح**) هــذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : واذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هــذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز ، وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار اليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة ، فانه يدخــر عليها ، فهو كالتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشــجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنــه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : انه لا تجــوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج[1] ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثالث) ما يخــرج وعليه قشرتان كالجــوز واللوز والرانج ، فالمنصــوص أنه كالرمان لا يدخــل فى بيــع الأصــل ، لأن قشره لا يتشـــقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثمرةالنخــل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع) .

(**الشرح**) الرانج ــ براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم ــ وهو الجوز الهندى ، وهو النارجيل ، اذا علم ذلك فهــذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قــد تقــدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشــوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمــام فانه يعــد من الشــجرة ، ويترك الكمام عند القطــع على الأشجار ، ونزل

---

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أملس .. (ط) .

السعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد : (أما) الذى لا اشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز : ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال : وقال أصحابنا : انما جعله بمنزلة الرمان اذا ظهرت القشرة التى تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ، والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال : وغلط الشيخ أبو حامد فقال : الجوز يتشقق قشره الفوقانى عنه ، ويسقط ويظهر السفلانى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ، فان لم يكن تشقق فهو للمشترى ، وان تشقق فهو للبائع ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس الشجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين ، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ، وقال الرويانى : انه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى ، لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز ، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة ، وأجراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

(قلت :) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وكذلك فى الأم وهو بعد الموضع بشىء يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى يدفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه يصلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا يأباه كلام الشافعى ، فان عبارته فى الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشــق عما فى أجوافه ، وصلاحه فى بقائه » هذا كلام الشافعى بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليــا دون السفلى ، بل تعليل الشافعى رضى الله عنه بأن صلاحه فى بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه فى بقائه لا يكون للبائع الا اذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليــا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشــجر فينبغى أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضى أبى الطيب غير متجه لكنى أقول : ان تشــقق القشرة العليا من على الجوز واللوز انما يكون بعد يبســه ونهايته وكثيرا ما يؤخــذ من على الشــجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ فى قشرته بعد نهايته ، بل العــادة مطردة فى كل ما له قشران فليس هو كثمرة النخــل قبل التأبير فينبغى أن يكون للمشترى كما يقتضيه اطلاق النص ، وان كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل فى قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضى حسين ، لأنه مقصــود كاللب ، ســواء مع ذلك المنصــوص كما تقــدم أنه يدخل فى بيــع الأصل ، فكأنهم شبهوه بالطلع فى اللوز اذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشــيخ أبى حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لمــا وقف على كلام الشيخ أبى حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعى على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرفعة على أبى حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبــائع بخروج نوره ، وهــذا منه ، فاذا انعقــد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : الا أن يقال فى الجواب : ان ذلك قاله فى ثمــرة تخــرج فى جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنيجى قال : انه يورد أولا وردا لا تخــرج الثمــرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بعــد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع ، وسيأتى فى الضرب الرابع كلام عن البندنيجى يتعلق بهــذا الضرب فى اللوز .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون فى نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى ، فاختلف أصحابنا فيـــه ، فقال أبو اســحاق والقاضى أبو حامد : هـــو كثمـرة النخـــل ان تناثر عنـــه النـــور فهو للبـــائع ، وان لم يتناثر عنه فهو للمشـــترى ، وهو ظاهر قوله فى البويطى ، واختيـــار شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله ، لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر فى الطلع ، وتناثر النـــور عنهـــا كتشـــقق الطلع عن الثمـــرة ، فكان فى الحكم مثـــلها ، وقال الشـــيخ أبو حامد الاســفرائينى : هو للبائع ، وان لم يتناثر النـــور عنهـــا لأن الثمـــرة قد ظهـــرت بالخـــروج من الشـــجر ، واستتارها بالنـــور كاستتار ثمـــرة النخـــل [illegible]د التأبير بما عليهـــا من القشر الأبيض ، ثم ثمـــرة النخـــل بعـــد [illegible]روجها من الطلع للبائع مع اســـتتارها بالقشر الأبيض ، فكذلك هـــذه ال[illegible]ـــرة للبائع مع استتارها بالنور) .

(الشرح) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل [illegible]ور ما كان أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(اما الأحكام) فاذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفر[illegible] ، والاجاص والخوخ والمشمش ، وما جرى مجـــراه مما يخـــرج [illegible] نور ، ثم يتناثر عنه النور ، فالمشهور أنه اذا باع الأصل وقد [illegible]ـــرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهى للبائع ، الا أن يشترط المبتـ[illegible]ـع ، وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهى للمشترط ، لان الثمرة مغيبة فى الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهى فى ذلك كثمـــرة الن[illegible]ل فى التأبير وعدمه ، وهو ظاهر قوله فى البويطى ، لأنه قال فى آخـ[illegible] باب السلف قبل باب الوديعة : وحكم الابار فى التفاح واللوز والفرســك اذا خرج منه وتحبب ، ونقل ذلك عن أبى اسحاق المروزى فى الشرح ، والقاضى أبى حامد فى جامعـــه ، وأبى على ابن أبى هريرة وهو اختيار القاضى أبى الطيب كما قال المصنف ، قال فى تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن الشافعى رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى فى أول ما تخـــرج كما ترى فى آخـــره ، فهو فى معنى ثمـــرة النخل بارزا من

الطـلع ، وغلط فيـه لأن هـذا أراد به ما لا ورد له : مثـل العنب والتين لأن هـذا الذى يخـرج بارزا وأما ما يخـرج فى الورد فليس ببارز ، وانما هو فى جوف الورد وقـد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال : ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمـام ثم لا يسـقط كمامه ، فطلوعه كابار النخـل ، لأنه ظاهر ، وهذا انما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه ، فان منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمـام لا تسقط كالموز والرمان ، فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير ، أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق ، بل قد يقال : انه يدل للشيخ أبى حامد لاطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير ، والذى يخـرج فى نور لا كمـام عليه ، وان كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعده قوله : كما هو ، فانه يشعر لا شىء عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشـيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال : ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب والأشبه بالسـنة أن الأنوار اذا ظهرت للبائع ، الا أن يشـترط المبتاع ، كالطلع اذا تشـقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله عنه الذى تقـدم ثم قال : وأما معنى السنة فقوله عليه الصـلاة والسلام : « من ابتـاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، الا أن يشترط المبتاع » لمـا جعل ثمـرة النخل للبائع اذا ظهر عند الطلع ، وذلك الظاهر نور يتفتح ، فاذا تناثر انعقـدت الثمرة بعـده كانت الأنوار كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تنعقـد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ، انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له فى كلام الشافعى ، فان الشافعى رضى الله عنه انما حكم بذلك فى الثمرة التى تخـرج بارزة ترى فى أولها كما ترى فى آخـرها ، وما يخـرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى فى آخـره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : انه مندرج فيه ، وما استدل به من الحديث وما أشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق الطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة فى جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخل مثلها ، فينبغى أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا فى فقه ، بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبى حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها ، والذى صححه الرافعى فى ذلك أنها للمشترى ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشعر به كلامه فى الشرح وقال : ان الآخر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط فى ذلك تناثر النور كما تقدم •

وقال القاضى حسين عن الأصحاب : ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تنعقد الحبات كالمشمش والخوخ والتفاح ونحوها ، قال : فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الأصل فى البيع ، واذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل فى البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهى للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

(الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبى حامد •

(والثانى) أن الاعتبار بالتحبب وهو قول القفال •

(والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه فى البويطى : اذا خـــرج من النور وتحبب ، وقد يقال : ظاهر النص يقتضى اعتبار مجمـــوع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يغنى عنه ، وفى البحـــر أن الأصح ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمى فى الكاف : انه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى فى المجمـــوع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد ، وأنها ليست مذكورة فى التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه أبا الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهته أولى ، وهى فى التعليقة الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها فى التعليقة الأخيرة فلا يدل(١) •

(تنبيه آخـــر) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم الذى نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحـــدا كما تقدم ، وامام الحرمين سلك طريقة أخـــرى فجـــزم بأن الخوخ والمشمش وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشترى فى مطلق البيع والتفاح والكمثرى وما فى معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك مال العراقيون الى أنه للبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشترى لعدم الانعقاد ، قال : وهذا هو الذى ذكره الصيدلانى •

وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لـــا قاله أكثر الأصحاب ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار فى التفـــاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخـــوخ ، والامام قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين الى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشترى الا الشيخ أبا حامد ولعـــل الامام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز •

(فـــرع) قال القاضى المـــاوردى : ان الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقـــدا وقد تقدم الكلام فى ذلك ، وعد المـــاوردى الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين عبد الرحمن : والمشـــاهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الزمان ، فان نوره لا يكون سابقا له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عنـــدنا ، وقال

---

(١) هكذا فى الأصل ولعله سقط عبارة (على شيء) (ط) •

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور ، وما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للماوردى فى أن الرمان له نور ، ولعله نوعان كالكرم •

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل ذلك يوجد فى غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته • وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والأجاص ، قال : فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام •

(فرع) تقدم فى كلام الشافعى المحكى عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجى بذلك على قول الأصحاب : ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه فى البويطى (قلت :) لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور فى الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور فى البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرك لا يمكن ازالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرك •

(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما فى ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما فى التأبير قاله صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ، وأنه لا فرق فى ذلك بين النخل وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع ارضا وفيها نبات غير الشجر ــ فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء ــ دخل الأصل فى البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشترى كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل فى بيع الأصل ، لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل فى بيع الأصل كالطلع المؤبر) .

(**الشرح**) الرطبة ــ بفتح الراء ــ وفى كتاب ابن البردى عن شيخه أبى الغنائم ــ بضم الراء ــ وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب .

(**أما الأحكام**) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرسف داخلان فى التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل .

فالضرب (الأول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثانى) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه ايراد جماعة ، وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس ، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالى : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما يجذ مرارا كالنعنع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فى المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى فى اطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى ، فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند الاطلاق الا على الأخير والأمر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ •

(وأما) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول ، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله ، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى فان ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشترى وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشترى ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعى ، وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها •

(القسم الأول) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف الحجازى فأما الكرسف الحجازى فقد أفرده المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا فى القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، اذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة كالبنفسج ، فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ، ليس فى كمام ، فان كان قد ظهر من ورده شىء فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع ؛ هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان اذ لا فرق بينهما •

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق خضر • لا يظهر منه شىء ثم يتفتح ، فان كان قد تفتح منه شىء فان

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة فى الأشجار حرفا بحرف ، سواء فى ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هـذا القسم فى تبعية الأصـول للأرض ، وفى حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعى وجها فى النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاه الرويانى فى البنفسج ، وعن الشيخ أبى حامد أنه ضعف الوجه المذكور فى النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانمـا يحول من موضع الى موضع فى كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف فى هـذا القسم والذى بعـده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعا يحصـد مرة واحدة كما سيأتى فى القسـم الثالث ، وممن صرح بنفى الخلاف صاحب التتمة •

(القسم الثانى) وهو بعض القسـم الأول فى كلام المصنف ، الأصل الذى ليست له ثمرة بعـد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخـرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسى ، وأشـجار الخلاف التى تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهى القضب ويسميها أهل الشام الفصـة ــ بالصاد المهملة ــ والقت ــ بالتاء المثناة ــ وهو القرط • قال الأزهرى : هو القت الذى تسميه أهل العودى[1] وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران ، وكلام النووى يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شىء واحد ، ولذلك صرح به القاضى أبو الطيب ، ولكنه بلغـة العراق الرطبة ، وبلغة أهل بلادنا القرط ، وبلغة الشـام الفصـة والصواب أن القت والرطبة شىء واحد ، وأن القرط الذى ببلادنا شىء آخـر ، والرطبة توجد أيضـا فى صعيد بلادنا ، والله أعلم •

ففى هذا القسـم اذا باع الأرض وفيها شىء من ذلك ظاهر على الأرض فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع ؛ لا خلاف فى ذلك ؛ لأنها ظاهرة فى الحـال لا تراد للبقـاء ، فلم تدخل فى البيع الا بالشرط كالثمـرة

---

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادى الصنصافة ، راجع المصباح • (المطيعى)

المؤبرة ، وفى دخول أصولها الكامنة فى الأرض فى بيع الأرض الخلاف الذى فى الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلانى وغيرهم ؛ وعن الشيخ أبى محمد الجوينى القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة فى الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فانها بادية ظاهرة مفارقة للأرض فى صفتها ، هكذا حكى عنه فى النهاية والبسيط والشرح ووقع فى الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعنى فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبى محمـد قال ابن الرفعة : ولو صـح ذلك عن الشـيخ لأمكن أن يقال فى الفرق بينه وبين الشـجر ان مدة ابقائه فى الأرض قد تعـلم ، فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشـجر ، وأيد ذلك بالوجه الذى حكاه الرافعى فى البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير ، اذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها المـاوردى فى البطيخ ، وما يوجـد مرة بعد أخـرى لكن فى عام واحد ، أنه كالزرع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لمـا فى المسألة ثلاثة أوجه •

(قلت) يعنى ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعـدم الدخول ، واجـراء الخلاف ، والله أعلم • لكن شرط اثبات هـذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التى فى الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما فى البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة اجـراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : اذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعـة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم — ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذى نقـله الرافعى فى البنفسج والنرجس أنه يثبت ثلاثة أوجـه بذلك وان لم يثبت ما عندى الى الشيخ أبى محمد من جعلها كالزرع •

(فان قلنا) بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض ، فهى باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجـودة عند العقد والحادثة ، والكلام فى وجوب تبقيتها كما تقدم فى الأشـجار (وان قلنا) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسـه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي والقاضي حسين أن البائع يطالب بجذها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أوان الجذاذ لأن تركها يؤدي الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع فى العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل ينتظر به تناهي جذاذه ؟ .

(أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشترى ، قال : وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر . (والوجه الثانى) أنه لا ينظر به كمال جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق فى غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزى ويمر بجذاذه ، وان لم يستكمل ، ويكون الأصل الباقى وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للأصل ، وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذى أشار اليه الماوردي يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد الأسفراييني والرافعي أن القطع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع ، فيكون للبائع ، وان كان الأصح عند الماوردي أنه للمشترى ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع الا أن يسلم البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا ، وهو نهاية ذلك الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ، بخلاف الرطبة فانها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد فى تعليقه على هذا الفرق ، لكن فى التبعية فقال : ان للطلع حدا ينتهى اليه ، وليس للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر . وهو أن لا منفعة للمشترى فى قطع الثمرة ، وللبائع منفعة فى قطعها ، والرطبة فى قطعها فائدة للمشترى ، وفى تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ، انتهى .

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه الوجه الذى نقله الماوردي من أنه ينتظر به تناهي جذاذه ، فان

قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليله مصادم لقول أبى حامد : انه ليس للرطبة جذ توجد عليه (وان قلنا :) انه ليس للبائع الا ما كان ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه فى العقد فقد يقال : انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع فى الثمار لأن مقتضى الاطلاق فيها الابقاء ، وهذا هوالأقرب الى كلام الرويانى ، فانه قال : اذا باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقد وعلى البائع نقله فى الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لابد من شرط القطع ، كما أنه لابد من شرط القطع فى بيع الثمرة التى يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمرة المبيع ، بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمرة هى المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصود ، وأما أصل الرطبة الموجود فى الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المسائل جملة فى آخر الباب ، عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم فى هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع فى العقد ، وهو ما قاله البغوى والرافعى (والثانى) لا يجب ولا يكلف به الا أن تتكامل الجذة ، فتكون كلها للبائع (والثالث) أن البائع يكلف القطع حال العقد ، ولا نقول : ان شرط ذلك واجب فى العقد ، وهو مقتضى كلام أبى حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى ، فان لم يجذ البائع حتى زادت فى ملك المشترى واختلطت ، فيخرج على القولين فى الاختلاط ، قاله الفورانى ، والله أعلم .

(فرع) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان الزرع بذرا لم يظهر بعد ، قال : فمن انتظر بها تناهى الجذاذ جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظر به التناهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشترى ، ولك أن تقول : الموجب لانتظار تناهى

الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ، وهذا المعنى مفقود فيما اذا لم يكن ظهر منها ، فينبغى الجزم بأنها تكون للمشـــترى كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجـــه مع بعـــده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعـــلم المشترى أن له فى الأرض التى ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار للمشترى ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ؛ فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ، ثم كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعـــه يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غضة ، فليس له أن ينتظر أخـــرى ، حتى يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال » •

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله : والجذة الأولى للبائع ، يشـــمل بعمـــومه ما اذا كان منها شىء ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى ، كأنه لم يقف على الخلاف الذى حكاه المـــاوردى فاذن نص الشافعى واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه المـــاوردى وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى ؛ لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى • فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع أن الجـــذة الأولى له ففيه نظر ؛ يحتمل أن يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتمل أن يقال بالفســـاد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشترى بخلاف الشجر مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب ؛ والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشترى ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ؛ والله أعلم •

(فـــرع) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس على الأرض منها شىء ظاهر يقال : انه للبائع ، وما فى بطنها من العروق

جزم القاضى أبو الطيب بدخوله فى البيع ؛ وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل فى البيع ، فالطرق الجارية فيه وفى أصول البقول اذا كان منها شىء ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى فى البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس اجراؤهما هنا أيضا ، وان كان الأصلح أن ذلك للمشترى ، لأنه ليس ثم شىء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر •

(فــرع) اذا كان فى الأرض أشجار خلاف(١) يقطــع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسى ، وقال الرافعى : حكمها حكم القصب ، والمراد واحــد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثانى الذى فرغنا منه •

(أما) اذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهى بمنزلة أغصان سائر الأشجار •

(فــرع) اذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (اما) على ما اختاره الرافعى رضى الله عنه من وجوب شرط القطع (واما) على الوجه الثالث ، قال صاحب التتمة ، ثم الرافعى عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجــذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لأنهما لم يذكرا الوجه الثانى الذى ذكره المــاوردى ، واستثنيا من ذلك القصب ، فانه لا يكلف قطعه الا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسى اذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله الى وقت قطعه فى العادة ، وهو زمان الشــتاء فانه ان قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح لشىء ، وكذلك الرويانى والجرجانى قالا : ان البائع يمكن حتى يقطعه اذا جاء وقته ، لأن له وقتا يقطع فيه •

ولك أن تقول اشكالا على الرافعى : انه اذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فان كان عاما فيجب الوفاء به ، وان كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

---

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسمى فى ديار مصر بالربة • (المطيعى)

فيما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح انما يجوز بيعها بشرط القطع اذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت :) ذاك لأن المنفعة شرط فى المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت :) لكنه فيه اضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال ان هذا يجب قطعه ، وان لم يشترط ، لأنه يصير فى ملك المشترى على أصله فلا يلزمه ابقاؤه واذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض فى اغتفار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثانى بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبى حامد ، ولكن الشيخ أبا حامد ليس فى كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلعله يقول به فى كل ما لا ينتفع به اذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع فى ذلك •

وقد يؤخذ من كلام أبى حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب ابقاؤه لما قدمه الرويانى فى الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه فى العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم •

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجىء مدة بعد مدة فى السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندى حكم الزرع كله للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد فى هذا القسم الثانى ، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردى فى نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن فى عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه فى حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشترى الأصل وما يظهر (والوجه الثانى) وهو قول البصريين أنه فى حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وان تفرق لقاط ثمره ، والشجر ما بقى أعواما وألحق به ما بقى أعواما كالعلف ، ولم يلحق به ما بقى عاما واحدا • والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير ، وما يبقى

سنين • ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه فى الأم ؛ وحكى مع ذلك ما نقله الماوردى •

(فـرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين فى الأرض •

(والثانى) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا •

(الثالث) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين فى الأرض •

(الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى فى عام واحد وهذا هو الذى نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبى حامد ، وما ذكره الماوردى فى القسم الثالث من الخلاف يأتى فيه اذ لا فرق بينهما ، والله أعلم •

وهذه الأقسام الأربعة كلها فى القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التى ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقثاء من القسم الثانى ، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين فى الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم •

(فـرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فاذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه اذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك فى كلام المصنف ، والكلام ههنا فى أن أصل الموز نفسه هل يدخل فى بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده فى القسم الأول • وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذى قاله الماوردى أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل فى البيع كالزرع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذى يستخلف كالشجر يدخل فى البيع •

(قلت :) وقوله : ان الفرخ يدخل فى البيع ، ان فرض فى فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

فى عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشترى بحكم الملك لا بحكم الدخول فى العقد ، وان فرض فى فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغى على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع ، وقد قال الشافعى فى الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : اذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ؛ وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذى تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت الى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج فى الذى حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشترى ، وهذا صحيح لا اشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردى ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وان كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فراخها يكون للمشترى ، فيوافق كلام الماوردى وهو الذى فهمه ابن الرفعة •

ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله • لكنه يؤخذ من كلام الشافعى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى ، لقوله : ان ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فان كان مراده الفرخ فذاك ، وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشترى أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه فى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى ، واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذى هو مستقر فى الأرض يدخل فى بيعها ؛ لأن الفرخ الذى حكمنا بكونه للمشترى يثبت منه •

(وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبنى على الاحتمالين اللذين ذكرتهما فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه ان كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها ؛ وكلام الجورى يشهد للتفسير الأول فانه قال فى معرض نقل كلام الشافعى : فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك • ولا ما لا تخرج أولاده التى الى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام فى الثمرة فان الحقنا ذلك بالرطبة اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر فى البيع لا الأم ولا فراخها ، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردى فى باب المساقاة ، وان ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما .

وقد يقال : تلحق الأم بالرطبة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فانه يقصد بقاؤه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك بقول : ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر فى كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردى ، فنظرت فى هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فان الذى بلغنى من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطبة ، فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فاذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هى ، وتتساقط بنفسها الى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز ، وهكذا على الترتيب لابد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها الا واحد ويقطع الباقى لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها .

فاذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة ، فانه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر فى الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشترى فلا يمكن القول بعدم دخولها فى البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها فى الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ ، فلابد من ابقائهما ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم .

والظاهر أن مراد الماوردى بالفرخ الذى يكون للمشترى ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك انه داخل فى العقد توسعا فى العبارة ، ووقع فى كلام الماوردى أن الفرخ يحمل فى العام القابل ، وقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون

اقامته شهرين ، وتارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردى بالسنة المدة التى تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وان كان لا يراد حول كامل ، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا . ولا يحمل الا مرة ، ويستمرجذره فى الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة ، والله أعلم •

(فـرع) لو كان فى الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شىء منها فى بيع الأرض ، يعنى ويكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى ، وهو الزرع الذى لا يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الافصاح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثانى) يجوز تبعا •

(فـرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع ، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشترى ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول ، فللمشترى الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين الشجر ، بأن هذه لا تراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار الجميع للمشترى •

(القسم الثانى) من كلام المصنف • وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا • ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان • فلا خلاف أنه لم يدخل فى الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف • والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » •

وقوله نماء (ظاهر) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر (وقوله) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى : (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستبقاة

لكامل المنفعة لم تجن وهى داخلة فى البيع ؟ فهلا كان الزرع مثـلها ؟ (قيل :) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصـل المبيع ، والزرع مستودع فى الأرض بفعل الآدمى : ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لأنه خلقة فى الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها •

واعلم أن الترجمة عن هـذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل الا مرة واحـدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت فى الأرض لا يدخل ، بخلاف الحنطة والشعير ، فالمـراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الا مرة ، وليس له أصـل ثابت فى الأرض ، وبذلك يخـرج الموز ، فان له أصلا ثابتا ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغى أن يقال فى القسم الحاضر : النبات اما أن يكون له أصـل ثابت فى الأرض أو لا ، فالأول اما أن يكون يحمل مرة واحـدة كالموز ، أو مرات ، فأما فى عام واحد كالبطيخ ، أو فى أكثر كالرطبة ، وسائر ما يجـذ ويثمر مرات ، والذى لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما • أو نقول : النابت اما أن يثمر ويجذ مرات • أو مرة واحـدة فالأول اما فى عـام واحد أو فى أعـوام ، والثانى اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى بيـع الأرض طريقـان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ، لأنهـا فى يد البائع الى أن يحصـد الزرع ، فكان فى بيعهـا قولان كالأرض المسـتأجرة ، ومنهم من قال : يصـح بيـع الأرض قولا واحـدا لأن المبيـع فى يد المشـترى ، وانما يدخـل البائع للسـقى او الحصاد ، فجاز بيعه قولا واحدا كالأمة المزوجة) •

(الشرح) الطريقان مشهوران ، والأولى منسـوبة الى أبى اسحاق المروزى ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهى التى صححها الرافعى وغيره وقاسوها على بيع الدار المشـحونة بأمتعة البائع ، وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المسـتأجرة بأن يد المسـتأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجـر أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولا واحدا ، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان فى معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ، ألا ترى أن بيع الدار التى استحقت المعتدة سكناها ، اذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ واذا كانت مجهولة كالحمل والاقراء بطل قولا واحدا .

وذكر ابن الرفعة سؤالا قد يعترض به على هذا ، وهو أن لأبى اسحاق أن يقول : مدة الزرع — وان لم تعلم يقينا — فالعرف الغالب يضبطها ، فان فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير مغتفر ، والمنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشترى ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ، وان كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة فى الأقراء والحمل ، فانه لا يصح بيع الدار التى استحقت سكناها للعدة ، وان كانت العادة تضبطها ، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله فى مدة الزرع .

(وقوله :) ان المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر الى آخره لا يحسن ، فان الكلام انما هو فى القطع بالفساد ، ولا يجوز أن تكون العلة فى ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد فى دار المعتدة بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد فى دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم اجراء الخلاف فيه انما هو الجهالة .

(وأما) قوله : ان المنافع تكون عائدة للمشترى . فاعلم أن المنقول فى توجيه الطريقة القاطعة التى ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة ، فانه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون اذا باعها كمن باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة . والظاهر فيه البطلان ، والذى يليق بهذه الطريقة اذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج ان كان مطلقا ، أو ورثته ان كان ميتا . فاذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته . ولا تكون للمشترى . وانما تكون للمشترى لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشترى أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

(فان قلت :) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ، ووجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشترى فى تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقها بالأمة المزوجة أيضا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

(قلت :) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما فى مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفى الاشتراك فيما ليس مناط الحكم فى الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشترى عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشترى بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشترى وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والأمة المزوجة ، فثلاثتها مشتركة فى أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما فى مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان فى الاشتغال بالتسليم عقيب البيع فى الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة فى أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشترى ، ولا يجب ازالتها عقيب العقد ، ويفترقان فى أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الأمة أرجح ؛ كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار فى مدة التفريغ مستحقة للمشترى ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن المبيع مسـلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فان منفعتهما غير مستحقتين للمشترى مدة بقائهما •

ولم أعلم أحـدا حكى فى صحة بيع الدار المشـحونة بالأمتعة خلافا وذكروا الطريقين فى الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن القياس يقتضى التسوية بينهما ، اذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخـلاف بالأرض المزروعة • وحكى الامام فى أن المشترى اذا كان جاهلا بأن الدار مشـحونة هل يثبت له الخيـار ؟ وجهان ، والمذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيـار جزما عند الجهل ، سواء قلنا : ان تسليمها يمكن أم لا لعـدم امكان الانتفـاع بها فى الحال ؟ الا أن يختـار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام فى عـدم ثبوت الخيار فى الدار المشحونة بالأمتعة ، وأن الغالب فى العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم انها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم •

(**التفريع**) بائع الأرض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشترى ؛ فهل يحكم بصيرورتها فى يده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنهـا مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة (وأصحهما) على ما ذكره الامام والغزالى والرافعى ؛ نعم لحصـول التسليم فى الرقبة وهى المبيعة ؛ وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت فى الحال ؛ فلا حاجة تدعـو الى التخلية قبله ، على أن الامام أورد فيها وجها أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل فى المسـألتين ثلاثة أوجه ، وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضا •

وحكى الغزالى فى البسيط وجها أن اليد تثبت فى الدار ولا تثبت فى الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعـة أوجه . ووجه الفرق على الوجه المحكى فى البسيط أن التشـاغل بالتفريغ ممكن ؛ فنزل الممكن الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرفعة : ولعـل القائل بأنه لا يحصـل التسليم هو أبو اسحاق المروزى ، فلا يصح ابطال مذهبه ؛ يعنى فى البيع الا باقامة الدليل على صحة القبض ؛ وهذان الوجهان فى صحة تسـليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فانه ذكر

فى تعليل الطريقة الأولى أنها فى يد البائع وفى تعليل الثانية أن المبيع فى يد المشـــترى وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متصادمان •

(والجواب) أن ذلك يحتمل ، اذا كان فى أحد الكلامين زيادة كما فى هذه الصورة ، فان فى تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال التعليل الأول ، وتبين أن قوله : انها فى يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين فى يد المشترى ، ودخول البائع لأجل السقى والحصـــاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم •

(**تنبيه**) من قال بصحة تسـليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع ، ومن لم يقل به يحتمـل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو اسحاق ويحتمل أن يجـزم بالصحة ويفرق بما تقـدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة فى يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الابقـاء فيساوى يد الاجارة •

(فـــرع) لو انقلع الزرع قبل المـدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع ، لأنه انما يســتحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله المــاوردى والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصـــاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجــذه قبل حصـــاده كان له استبقاء الأصل الباقى الى أوان الحصـــاد لأنه من جملة ذلك الزرع ؛ وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه ، ولا يملكه المشترى كما يملك أصـــل القت الذى يجذ مرة ؛ لأن القت أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ؛ قال ذلك المــاوردى •

(فـــرع) قال الرافعى : كل زرع لا يدخل فى البيع لا يدخل ، وان قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشـــيخ أبى حامد ، قال الرافعى : ورأيته لمنصور التميمى فى المستعمل أيضـــا (قلت :) وقد رأيت ذلك فى تعليق أبى حامد فى بيع القرية أنه اذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع : وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) فى الأرض فلم أقف عليه فيها •

(فــرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له فى الحال ؛ بل له ابقاؤه الى أوان الحصــاد ، خلافا لأبى حنيفة رضى الله عنه ؛ فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشترى ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا هى مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الابقاء ، وعند وقت الحصــاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية الأرض ، وعليه قلع العــروق التى يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة ، نص عليه ، كما اذا كان فى الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ، ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية ، وسيأتى فيه وجه مذكور فى مســألة الحجارة عن صاحب التتمة ، وقياسه أن يأتى هنا •

(وأما) ضمان النقصــان فى باب الدار فقال القاضى أبو الطيب : فى موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تســوية الأرض • وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين •

(فــرع) لو كان المشترى جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع • ولم يرها حين العقــد • فله الخيار فى فسخ البيع • لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض • فان فسخ رجع بالثمن وان أقر فللبائع ترك الزرع فى الأرض الى وقت حصــاده • كما نقوله فى الثمــرة المؤبرة • وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى • فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشترى أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشترى خيار نص عليه • وان كان المشترى عالمــا بالزرع فلا خيار له • قاله المــاوردى والأصحاب • واتفقوا عليه • وهذا اذا لم يطــرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصــاد المعتاد • ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا فى فرع وجوب الأجرة •

(فــرع) فى وجوب الأجــرة على البائع فى مدة بقاء الزرع فى الأرض • ان كان المشترى عالمــا فلا أجــرة قطعا • وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذى أورده المعظم أنه لا تجب الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة • كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا يستحق المشترى الأجـرة لمـدة التفريغ وهذا ما جزم به المـاوردى وخلافه (والأظهر) عند الغزالى والجرجانى الوجوب وجعل الامام محل الخوف فيما اذا كان جاهلا • قال الرويانى : انما تجب الأجـرة اذا زرعها بعقـد الاجارة أو بغير حق • وهنا لم يوجـد واحد منهما ؛ ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضا . أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ •

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينـا بها فالخـلاف متوجه • وان لم نكتف بها (فان قلنا :) الأجـرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فههنا أولى (وان قلنا :) تجب • فههنا وجهان مبنيان على أن البائع اذا انتفع بالمبيـع قبل اقباضه هل تلزمه الأجـرة أم لا ؟ وفيه خلاف (فان قلنا :) لا لم تجب هنا (وان قلنا :) نعم : وجبت ولا ننظر الى أنه ثم متعد ولا تعـدى منه ههنا • لأن باب الضمان لا يختلف • وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه عدم ايجاب الأجـرة بقدرة المشترى على الفسـخ • لولا هـذا التعليـل لأمكن أن يقال : الوجهان فى الرجوع بالأجـرة انما هما قبل التخلية أو بعـدها • وقلنا : انها لا تكفى • ويكونان مبنيين على جناية البائع • فان قلنا : كالأجنبى ضمن الأجرة والا فلا •

قال الامام : وللخلاف نظائر فى الحجارة (قلت :) والأشبه أن الخلاف فى وجوب الأجـرة فى مسألتنا هذه كما فى مسألة الحجارة مطلق • فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها • ومأخذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ؛ كما يشـعر به تعليل الامام والغزالى وجه الوجوب فى هذه المسـألة (فان قلنا :) بالثانى ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة فى اسقاطها ولا فرق فى ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذى يقول فى مسألة الحجارة بوجوب الأجـرة قبل القبض وبعـده ، وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعييب اكتفت على أن جناية البائع على المبيع كالآفة السـماوية أو كجناية الأجنبى ؟ •

(ان قلنا :) كجناية الأجنبى ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ، اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق — فان كان ذلك قبل التخلية — لم تلزمه الأجـرة وان كان بعـد التخلية — فان لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب الأجـرة فى مسألة الحجـارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجـرة أيضا لأنه بالاجارة رضى بذلك ، فان لم يكن له أجـرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له أرش ، فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية أو بعدها اذا لم يكتف بها • فمأخذ الوجـوب أمران (أحدهما) الحاق البائع بالأجنبى (والثانى) أن المنافع متميزة عن المقصـود فليس تفويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجـوب جعلها عيبا والحاق تعييب البائع بالآفة السماوية •

(وأما بعد) التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقـدم ، أو الحاق البائع بالأجنبى ، ومأخذ الاسقاط جعل تعييب البائع كالآفة السماوية ، فاذا أجاز المشترى سقط حقه من الأرش ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من الأجرة بقية المدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به •

(**فان قلت :**) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجـرة ، لأن الاصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية ، وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته ، ان جعلناها كالآفة السـماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخـرج من ذلك أن الأصح فى مسـألتنا أنه لا تجب الأجـرة لا فى مسألة الزرع ولا فى مسألة الحجـارة ، لكن قد تقدم فى مسـألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقـدم عن الغزالى والجرجانى أنه الأصح عندهما فى مسألتنا أيضا •

(**قلت :**) أما الغزالى فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبى ، فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن الأكثرين فى مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقـدم عن الشيخ أبى محمد فى مسألة الحجارة •

(وأما) ما تقــدم عن الأكثرين فى مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ؛ فالفرق بينها وبين مســألتنا هذه أنه هنا اذا رضى بالزرع يلزمه ابقاؤه الى أوان الحصــاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذى هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة •

(وأما) الحجارة فانه اذا رضى بها لا يلزمه ابقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : ان مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عنــد أوانه داخلة تحت رضاه ، وان كان القلع فى ذلك الوقت واجبا فكان ينبغى أن لا تجب لها أجــرة الا اذا زاد وأخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم •

(تنبيه) ما حكيته فى مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الامام والغــزالى ، وهو يقتضى أن البائع اذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجــرة من غير تخريج ، على أن جنايته كجناية الأجنبى أولا ، والذى ذكره الرافعى هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكروه ههنا يقتضى طريقة أخرى ، كما أشرت اليه ، وهى ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله اذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد فى الحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون فى استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الأجرة (والثانى) تخريجها على جنايته • والله أعلم •

(فــرع) وهو الكلام الثانى تقــدم أن الامام جعل محل الخلاف فى وجوب الأجــرة فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا تجب قطعا : وكذلك تقــدم فى الخيار أنه لا يثبت الا فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر اذا لم يطــرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصــاده المعتاد فان التبقية انما وطن المشترى نفســه عليها الى ذلك الوقت (أما) اذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : انه يثبت له الخيار ، ويكون اذا أجاز فى استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه اذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : واطلاق الشافعى رضى الله عنه يقتضى تركه الى الحصــاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتـــاد أم لم يتأخر ؛ ومراده بالحصـــاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد •

(فـــرع) ما تقدم من وجوب الابقـــاء الى أوان الحصـــاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرفعة هنا : ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب(١) •

(فـــرع) يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقـــدم الرؤية على العقد • فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقـــد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم المـــاوردى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك • قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصـــد والنقل الى مكان آخـــر فان أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضـــا • وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا شرط دخول الزرع فى البيع ــ فان كان بقـــلا أو قصيلا ، لم يبلغ أوان الحصـــاد ــ قال المـــاوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع فى الأرض والزرع ، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع ، لأنه دخل فى العقـــد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المســـألة فى الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد اشـــتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان (أحدهما) يجوز كأساس البنيان (والثانى) لا ، لأنه مقصـــود ، فاذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة •

(فـــرع) اذا اشترى أرضـــا رآها قبل البيع ، ولم يرها حين

---

(١) بياض بالأصل ويمكن ان يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله اعلم • (المطيعى)

البيع . فوجد فيها زرعا ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضى الله عنه وبعض الأصحاب ، وقد تقدم ٠

(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة ، كالحنطة والشعير ، فهى محل الخلاف فى صحة بيعها ، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولا واحدا ، قاله صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغى أن ينبه لذلك لئلا يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتض لشمول الخلاف ، والله أعلم ٠

(فائدة) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أى بلغ أوان الحصاد ، فقال ابن داود فى قول الشافعى : وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد ٠ وقال : انه أفصح وأصح فى المعنى من فتحها لأنه اذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده ، وما ذكره من كلام الشافعى ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : ـ بضم الياء وفتح الصاد ـ ويصح ـ بفتح الياء وكسر الصاد ـ أى حين يحصد البائع الزرع ٠ ولا يصح حتى يحصد ـ بضم الياء وكسر الصاد ـ هنا ، أى حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ، فاليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة الى الحصاد ، والله أعلم ٠

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا فيها بذر لم يدخل البذر فى البيع ٠ لأنه مودع فى الأرض فلم يدخل فى بيعها كالركاز ، فان باع الأرض مع البذر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح تبعا للأرض (والثانى) لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفردا فلم يجز بيعه مع الأرض) ٠

(الشرح) فصل الأصحاب فى البذر مثل التفصيل المذكور فى النبات ، فقالوا : البذر الذى لا تفاوت لنباته ، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل فى بيع الأرض ٠ ويبقى الى أوان الحصاد ٠ وللمشترى الخيار ان كان جاهلا به ، فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص الذى فى الأرض بترك الزرع الى الحصاد لا يقسط عليه الثمن ،

فان تركه البائع له سقط خياره ؛ وعليه القبول . ولو قال : آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا ان أمكن ذلك • وفعله فى زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ؛ وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه الى أوان الحصاد والبذر الذى يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول ، حكمه فى الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار •

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم • واذا علمت أن البذر الذى يدور حكمه حكم الشجر (فان قلنا :) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع فى ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى حالة الجهل والعلم (وان قلنا :) انه يدخل على المذهب — فان كان عالما فلا خيار • وان كان جاهلا فان لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار • وان كان مضرا أو يمضى فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشترى الخيار ، ولم أر فى ذلك نقلا ؛ والله أعلم •

هذا اذا باع الأرض وأطلق . أما اذا باع الأرض مع البذر — فان كان من البذر الذى حكمنا بدخوله فى البيع — قال صاحب التتمة : كان تأكيدا . ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعتك الجارية وحملها . وان كان من البذر الذى لا يدخل وهو الذى تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا للحمل ، وادعى هذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك فى كتاب التفليس . فقال : لو باع زرعا مع أرض خرج أو لم يخرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح فى البذر للجهالة ولأنه مقصود فى نفسه فلم يجر بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمل فانه يتبع الأم فى البيع المطلق • وهؤلاء أولوا نصه فى التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج • فعلى هذا اذا بطل البيع فى البذر ففى بطلانه فى الأرض طريقتان :

(**احداهما**) أنه على قولى تفريق الصفقة . وهو الذى يقتضى ايراد الماوردى ترجيحها ، وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا انما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن •

(**والطريقة الثانية**) القطع ببطلان بيع الأرض : ويقتضى ايراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى ، وهى مقتضى المذهب فى أنه يختـــار بالقسط ، وجعل الرويانى محل الخلاف اذا لم يجهل جنسه وصفته ، فان جهلهما لم يجـــز قولا واحـــدا ، وهذا منه بناء على الطريقة المشـــهورة فى بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجـــرى مع الجهل ، وذلك معروف فى موضـــعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقا على أن أبا الفتوح العجلى أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا ، وان منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعا على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع •

(**قلت :**) ولابد فيه من ملاحظة التبعية ، فانه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلاشك أنه يمنعه من منع بيع الغائب ، وكذا بعض من أجازه ، وانمـــا قلت ذلك لأنهم لمـــا تكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبلها ونحو ذلك قال الامام : ان المنع فيها مفـــروع على منع بيع الغائب (أما) اذا جوزناه فانه يصـــح ، وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالى فى الفتاوى فى الســـؤال التاسع والعشرين فى بيع الســـلجم والجزر فى الأرض ، قال : انه ان قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان ، وان قضى بصـــحة بيع الغائب اتجه ظاهرا ابطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل الســـلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن •

واذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك ، فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعـــه ، وان عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعى رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد ، وهو يعـــود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ، ولم يقصـــد به الدوام فى محله ؛ والله أعلم • ولو باع البذر وحـــده جزم صاحب التتمة بالبطلان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسر(١) الجيسوانى والقرشى لم يكلف قطعه الى أن يصير بسرا ، وان كان مما لا يقطع الا رطبا لم يكلف قطعه الى أن يصير رطبا ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا اذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح ، وان اشتراه فى المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة فى قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله) ٠

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاهما ابن قتيبة ٠ وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان صرم النخيل اذا يبس ثمرها ؛ والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام فى النخل ، والقطاف فى الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلتقط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودى : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا ٠

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : اذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه قطن للبائع أو شجرا وعليه ثمرة أو وردا أو رد للبائع أرضا وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذى جرت العادة تبقيتها ، فان كان غيبا فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع فى العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه فى تلك الحال وان كان رطبا فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع ٠

وان كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طولب بقطعه بسرا بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئا فشيئا ،

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة بالحاء المهملة (ط) ٠

كما اذا باع دارا فيها متـاع هى حرز له : لم يجب على المشترى تركه . ولا يجب على المشترى السـقى لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسـقى . وحكم جميع الثمار فى ذلك حكم ثمرة النخيل : لا خلاف فى ذلك : قال نصر المقدسى رحمه الله فى الكافى . وكذلك الورد يعنى يترك الى أوان أخـذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع : ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمـد : وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشترى بذلك فى الحال . دليلنـا ما ذكره المصنف .

وهكذا لو زرع المشترى الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشترى على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة فى نقله (فان قيل :) ينتقض بمن جذ ثمـرة وتركها فى الأرض تشمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعـد جفافها (قلنا) لا عادة لذلك فى أرض بعينها بل يمكن تجفيفها فى غيرها كما نقول فى الزرع : لا يجب نقله وهو فى الأرض ، ولو حصده وتركه فى الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقـاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انمـا يجب على العـادة ولهذا اذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقـله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال فى البلد ، وينقل الطعام عنهـا ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة .

(فـرع) قال المـاوردى : انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعهـا فى الحال ، لأن الاستثناء انما يصـح على شرط القطع ، وهذا الذى قاله المـاوردى انما يستقيم اذا شرطنا القطع فى الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصـح خلافه ، وأيد بعضـهم ما قاله المـاوردى : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطـل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصـار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ؛ ولا نقول : ان هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم .

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : فاذا حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة والشعير ؛ لم يلزمه نقلها ، لأن لا ضرر على المشترى فى تركها وان كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ؛ والصحيح الأول فاذا نقلها فان حصل فى الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها ، كما لو كان فى الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله دارا ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشترى ليس بمتعد . وهكذا لو كان فى الدار المبيعة حب لا يمكن اخراجه الا بأن يوسع الباب بنقض شىء من الحائط . فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقض .

قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض ههنا . وقد صرح المحاملى فى المجموع بأنه يجب عليه بناء ذلك . ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج الا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب اعادة الجدار . قال المحاملى هنا : كل من حصل ملكه فى ملك غيره واحتيج فى تخليصه الى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه . مثل مسألة الحب والخابية والصندوق فى الدار . وان كان بتفريط من صاحب الملك . مثل أن يغصب رجل رجلا على حب . فلم يخرج من الباب . أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة : اذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقض شىء من الدار . بغرم النقض صاحب الدابة قال الرويانى : واذا وقع دينار فى محبرة ولا يخرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الرويانى عن بعض الأصحاب .

(فـرع) لو أصابت الثمار آفة . وصارت بحيث لا تنمو . فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له فى تبقيتها ؟ أم للمشترى اجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئا منهما • وقال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته قول الاجبار • لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله • فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية • قال : لكن نصه فى الأم على خلافه • ولو انقطع الماء فلا شيء على المشترى فيما أصيب به البائع • وكذلك ان أصابته جائحة • نص عليه الشافعى رضى الله عنه • نقله عنه أحمد بن بشرى •

(فرع) لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى ، فان لم يأمنه المشترى ينصب الحاكم أمينا يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمى ، وكلام الخوارزمى يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة •

(فرع) ولا يستحق المشترى على البائع أجرة الأرض فى مدة اقامة الزرع فى الأرض لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجرة •

(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعى يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى فى باب الصلح فيما اذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددا فى وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه (والثانى) أنه يكلف قطعه ، لأن المشترى انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا أضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ، لأنه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان • قال أبو اسحاق : يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما باولى من الآخر فى الاضرار فوجب أن يفسخ • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل فى العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم أنه لابد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعته تحصل له) •

(**الشرح**) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ؛ ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشترى تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشترى الضرر ، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك فى هذا الفصل فى مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهى مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخيل وانقطع الماء ، ولم يتمكن من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ، فان كان الضرر يسيرا أجبر المشترى عليه ، هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها فى المستقبل نقصانا كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان فى الأم فى هذا الموضع ؛ وحكاهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا ، وعبارة الشافعى فى الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا • فلم أفهم الثانى منه • فلعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه •

(والأصح من القولين) الثانى القائل بالاجبار • وممن صححه الرويانى وابن أبى عصرون والنووى ، ورجحه الرويانى بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفورانى • ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى ؛ وصححه فى المحرر ، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا ؛ وهى أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متعذرا •

فان كان متعــذرا فاما لاعواز المــاء أو لفســاد آلته • فان كان لاعواز المــاء سقط حكم السقى ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا • فقطع الثمرة واجب • ولصاحب النخل اجباره • لأن تركها مضرة للنخــل بلا منفعة له (والثانى) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخــل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان • وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف •

وان كان تعذر السقى لفســاد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى المــاء • فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على مشترى النخل أن يزيل الضرر عن نخله ؛ ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك ؛ أو يقطعها ، وان كان مضرا بهمــا جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثانى) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخــر ، وسنذكر ذلك مفصلا •

(المسألة الثانية) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخــر ضرر ، جاز له أن يسقيه ؛ لمــا ذكره المصنف وفيهــا صورتان (احداهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشترى ؛ وقول المصنف : ولم يكن على الاخــر ضرر يشمل ما اذا كان له نفــع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والمــاوردى ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشــيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللاخر أن يسقى ، والأجــرة عليه ، وقال المــاوردى : للبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه ، ومؤنة السقى على البائع . لمــا فيه من صلاح ثمرته ، وان كان لنخــل المشترى فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمــرة والنخل تبع . فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشترى : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه •

وما قاله الماوردى موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف:

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه • والحكم واحد لا يختلف وانما يختلف التصوير • فيجيء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثا : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشترى ولا ينتفع أو ينتفع المشترى ولا يتضرر البائع ولا ينتفع • أو ينتفعا جميعا • وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها • أما اذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشترى لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال امكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشترى على أحد الأمرين : اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقاؤها • وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما اذا كان السقى متعذرا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وانما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه • فان انقطع الماء فلا تقصير منه • وحق التبقية قائم له • وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه • وقال الامام : ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشترى ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقين • يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى • قال : ولابد من هذا الوجه • ثم موجب استواء الحقين الفسخ ، والله أعلم •

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه . وليس للآخر أن يمنعه ؛ فان منعه أجبر على تمكينه • وهذا مراد الرويانى بقوله اذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه • لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه • لا على أن يسقى ؛ والله أعلم •

(المسألة الثالثة) اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر • وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة . فأراد البائع السقى فوجهان ؛ قال أبو اسحاق يقال للمشترى : اسمح للبائع بالسقى • فان سمح فذاك . والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى • فان سمح فذاك وان أبى فسخنا العقد بينهما : وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشترى على ذلك وللبائع أن يسقى . والأجرة على البائع • وحكى الامام وجها ثالثا بمراعاة جانب المشترى لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها • قال :

وحقيقــة الأوجه تؤول الى أن من أصــحابنا من يرعى جانب المشترى ، ومنهم من يرعى جانب البائع • وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على الآخر •

(الصورة الثانية) أن يكون الســقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة • فأراد المشترى السقى • قال أبو اســحاق : يقال للبائع ، اسمح فى أن يسقى المشترى • فان سمح فذاك ، والا قلت للمشترى : اســمح فى ترك البائع فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيــع بينهما وقال ابن أبى هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجــرة على المشترى ، لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون بينا لمراعاة جانب البائع ، وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز ، قاله صاحب البيان وغيره ؛ وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهــذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة على من يســقى من كلام ابن أبى هريرة ، وأما مراده بمن يســقى البائع فى الصورة الأولى والمشترى فى الصورة الثانية •

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجــرة السقى على من يســقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع به . لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصــلاح ، فانه يسقى ؛ والمنفعــة للمشترى ؛ ويشــمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشترى أو هما جميعــا فتجب الأجــرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو الظاهر . والذى يســقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع لأجله . ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخــر من الســقى ؛ وقول المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر فى الطرفين ، وقد فهم ابن الرفعة من كلام المــاوردى فى هذه الصورة الثانية ؛ وقوله : ان لصاحب الثمرة منعه . فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولا آخــر • قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه •

(ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والا فسخه الحاكم •

(ورابعها) الأمر كذلك الا أن المتولى للفســخ البائع ان أراد ، وقد بقى من هــذه المســائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والمــاوردى وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع . قاله الرويانى : وهذا انما يتصور فى غير النخل .

(أما) النخل فينفعه السقى أبدا ؛ فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ؛ وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ؛ لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها . فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ؛ وترك واحدة . ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ؛ وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ؛ والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشترى على صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت ؛ حيث تجب أجرة السقى على صاحب الأصل . وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة . وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل : وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشترى ، فكان بخلافه ؛ قال ابن الرفعة : وحيث نقول باجبار المشترى فلا خيار له . أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى .

(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى . قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ؛ وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط . فان اختلفا فى ذلك فقال المشترى : فى كل عشرة أيام سقية . وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية ؛ فالمرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه . ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى . بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة .

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندى ، يجوز أن يقال : يمنع البائع . فان الزيادات لا تنضبط ، فالمرعى الاقتصاد • ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه • وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحاق وابن أبى هريرة اذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وانما ضرر وزيادة نفع ، والذى ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى ، والله أعلم •

وأطلق الرافعى احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما فى النهاية الا فى الحالة الواحدة ، وجعل الغزالى الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم •

(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلهما فيما اذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالى والامام يقتضى الأول وجزم فى حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعى يقتضى الثانى ، لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وأمكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما اذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك • واستنبطه من كلام الشافعى ، وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين ، كما يقول ذلك فى المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له . ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره • وقال النووى : ان هذين القولين فيما اذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولا واحدا ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب •

(فـرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقى بالماء الذى جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار . ولو كان ملك المشترى بأن كان من بئر دخلت فى العقد . وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشترى حيث يفسد العقد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل .

(قلت :) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الابقاء ، وليس ذلك ، كما اذا شرط الانتفاع بملك المشترى ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وان كان ملك المشترى يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن الماء من جملة المؤنة ، وهو على المشترى وفى الصورة المذكورة وانما يجب على من يستقى بها الأجرة فى نقله . وما أشبهه ، نعم تجب عليه أيضا الآلات التى يستقى بها المشترى انما يلزم التمكين من الماء خاصة ، والله أعلم .

(فـرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحاق . وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشترى والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال : واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشترى تخلية البائع . وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشترى ، فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم

« نهى عن بيـــع الثمـــار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمـــر رضى الله عنـــه أيضـــا أن النبى صلى الله عليـــه وســـلم « نهى عن بيـــع ثمرة النخـــل حتى تزهى والســـنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهـــة » ولأن المبيـــع انما ينقـــل على حســـب العـــادة ٠ ولهـــذا لو اشـــترى بالليـــل متاعا لم يكلف نقـــله حتى يصـــبح ٠ والعـــادة فى الثمـــار تركها الى أوان الجـــذاذ ، فان باعهـــا قبـــل بدو الصـــلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غـــرر من غير حاجة ، فلم يجـــز ، وان باعهـــا بشرط القطـــع جاز ، لأنه يأخـــذ قبـــل أن يتلف فيأمن من الغـــرر ، وان باع الثمـــرة مع الأصـــل والزرع مع الأرض قبـــل بدو الصـــلاح جاز ، لأن حكم الغـــرر يســـقط مع الأصـــل ، كالغـــرر فى الحمـــل يســـقط حكمه اذا بيـــع مع الأصل وان باع الثمـــرة ممن يملك الأصـــل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان (أحدهما) يصـــح ، لأنه يحصـــل لمـــالك الأصـــل ، فجـــاز كمـــا لو باعهـــا مع الشـــجرة والأرض (والثانى) لا يصـــح ، لأنه أفـــرده بالبيـــع قبل بدو الصـــلاح من غير شرط القطـــع ، فأشـــبه اذا باعهـــا من غير مالك الأصل) ٠

(**الشرح**) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مســـلم : الثمرة ، وفى الصحيحين أيضا من رواية ابن عمـــر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مســـلم : « وتذهب عنه الآفـــة » (وأما) حديث ابن عمـــر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيـــع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى » وفى رواية الشافعى فى حديث ابن عمـــر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث فى الصحيحين وفى غيرهما فى المنـــع من بيع الثمـــار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمـــر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمـــرة حتى تزهو » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر ، قال : « أرأيت اذا منـــع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم ٠

وقد كثر الزهو فى الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى فى الحديث يزهو ، والصــواب فى العربية يزهى وقال غيره : ليس هــذا القول منه عند كل أحــد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم . ومنهم من قال : زها النخــل اذا طال واكتهل ، وهــذا القول مخالف لمــا جاء فى الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث ، وقد ورد فى بعض روايات الشافعى لهذا الحديث : « قيل : يا رسول الله .. وما تزهى ، قال : حتى تحمر » والزهو ــ بفتح الزاى ــ وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمــون الزاى وهو غريب ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبايعوا الثمــرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعــوا الثمر بالثمر » رواه مســلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ، فأما بدأ يبدأ ــ بالهمز ــ فمن الابتــداء وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمــرة حتى يشــقح ، قيل : وما يشــقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقح ــ بضم الياء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة ــ ويروى ــ بفتح الشين وتشديد القاف ــ يقال : أشقح وشقح ، وروى يشقه بابدال الحاء هاء ، وقد فسره فى الحديث قال : والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، وفى رواية النسائى فى هذا الحديث : حتى يطعــم ، وفى رواية لمســلم : حتى يطيب . وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وســلم عن بيــع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخارى ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيــع العنب حتى يســود ، وعن بيع الحب حتى يشــتد » رواه أبو داود والترمذى . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنــع من بيــع الثمار قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا أنه « نهى عن بيع الثمــار حتى تنجو من العاهة » رواه مالك فى الموطأ . وألفاظ هذه الأحاديث مختــلفة ، ومعانيها متفقــة . قال العلمــاء : اما أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قالها فى أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع واما أن يكون قال لفظا فى وقت ونقله الرواة بالمعنى.
وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار ، فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : انه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام — عاهات يحتجون بها — فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة فى ذلك : « اما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخارى . الذمان — بفتح الذال وتخفيف الميم — عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراض — بضم الميم — داء يقع فى الثمرة فتهلك ، والقشام — بضم القاف والشين المعجمة — أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا .

(وقوله :) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها أن الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى فى الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية ، وأما التمسك بقوله : اما لا ، فلأنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك ، فالمراد — والله أعلم — أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ التى تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع والمشترى ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشترى .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث ؛ وقال أبو الفتح القشيرى : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ، وقوله فى حديث أنس : « أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردى.
وخالفهما سفيان الثورى واسماعيل بن جعفر عن حميد ؛ فجعلاه من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافى بينه وبين ما رواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن عنده عن النبى صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ؛ ويثبت كونه عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحى التنبيه أن الشافعى رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعى ورواه مع مالك عن حميد الدراوردى كما رأيت ، والله أعلم .

(**أما الأحكام**) فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع الثمرة الى قسمين :

(القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وان شئت تقول ــ وهو أقرب الى كلام المصنف : ان بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك الأصل ، وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

(الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة ، وممن صرح بالاجماع فى المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ؛ ونقل ابن حزم فى كتابه المحلى عن سفيان الثورى وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ؛ والشافعى رضى الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال في الأم فان الثمرة التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ؛ وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه ؛ فان ذلك فيه خلاف . وأما هذه العلة فمنصوصة .

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الايماء الذي هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثوري رحمه الله انما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن في الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك (منها) قوله : حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعني أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فاذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المال بالباطل ، فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح[1] أجزائها — كبرا ظاهرا — من أجزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية .

(فرع) اذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشترى بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي ، قال الرافعي : ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير . وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفي بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ — وان كان بتراضيهما — فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد ؛ وهو في هذه الصورة مأمون ؛ فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد ؛ فاذا تراضيا على ابقائها وحصلت

---

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : أنها قبل بدو الصلاح اذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها . (ط) .

آفة بعـــد ذلك لم تكن مانعة من التســـليم المستحق . بخلاف ما اذ أطلق أو شرط التبقية ؛ فان التســـليم المستحق بالعقـــد هو وقت الجذاذ ؛ فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمامي التابعي ؛ صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصـــده من مكانه . فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به .

(فــرع) قال فى التتمة : انما يجـوز البيع بشرط القطـــع اذا كان المقطـــوع منتفعـــا به ، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش ؛ فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضـــا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فـــرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطـــع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ؛ قاله الخوارزمى .

(فــرع) التســـليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمـــار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشـــترى ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطـــع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجـــرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيـــع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشترى بقطعها فى الحـــال بنـــاء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقـــد التسليم من غير تأخير والتســـليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية ، فنحن نخالفه فى المســـألة وفى الأصـــل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصـــح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطـــع يصح فى الحالين ، وبشرط التبقية يصح بعده ، ولا يصح [قبله] والاطلاق كشرط التبقية .

واستدلوا بأن حمل العقـــد على الصحة أولى فينبغى أن تنزيله على القطع ليصـــح ، وبالقياس على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

قطعها ، وعلى رهنها ؛ وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ؛ ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهى توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ؛ ولأن العرف فى الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب فى العقد فى كل شىء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وانما هو برفع اليد والتمكين •

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه فى الصحة والفساد ، وقد يتقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد اما فى التصحيح واما فى الافساد ، وليس ذلك سعيا فى التصحيح ولا فى الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد •

(وأما) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثانى) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ؛ والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا فى رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فان جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر فى عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض فى مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ؛ وقوله : ان النهى كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

(أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتمل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق فى خيار المتبايعين ، وكقوله الا ها وها تفسير عمر له[1] (أما) فى تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا •

---

(١) المراد بتفسير عمر له أى زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ (تفسير عمومه • وهو ليس بتفسير للعموم فى الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما فى تخصيص العموم ، يفيد أن رأيه هكذا • (المطيعى)

(والثانى) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهم أنه كان قد وقع على شرط التبقية ، ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا اذا كان مشروطا . وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح • كما يمنعونه قبله ، والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالى فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب •

(قلت :) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد ، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها الى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط . وامتنع الأكثرون من ذلك . ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجرى فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون . والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية . وأن هذا أقرب من تلك المسألة . لأن اعمال التواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ، فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض . فالمذهب جواز اقراضه . وفيه وجه . وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ . والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقى . ولكنى اتبعت فى نقل

مسألة الحصرم — عن الشيخ أبى محمد ، ومسألة الرهن عن القفال — ما فى النهاية •

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده ، وفى الوسيط نسبه الى المنع فى المسألتين الى القفال ؛ ونسبه ابن أبى الدم الى الخلل والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففى قوله : المنع وتأويله أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم ، وخالف من صحح فى مسألة الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبى محمد مباين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهى الى الحلاوة ، فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم ، صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم ثلاثة أوجه •

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتمل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبى محمد أنه انما اعتبر العادة ، وانما فرضنا فى ذلك لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما (أما) أن ذلك معتبر عنده فى الحكم فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهرى ان الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ كما يقتضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضاً لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهرى معناه أول الثمرة التى نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينهما (أحدها) العرف (والثانى) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف غير العادة ، فان المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة فى ذوات الأربع . والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أشبهها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتنقسم الى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهى مقابله • وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران (أحدهما) الألفاظ التى تطلق فى العقود ، وفى تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها (والثانى) ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد •

وهذان أمران مغايران أيضا ، فان الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون المعيب ، والثانى يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : اشتر لى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ؛ والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية •

(وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وان عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة :

(منها) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب . وهذا أن قدمته فى قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع فى ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ؛ وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهى من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضموم الى العقد ؛ وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقية ؛ كبقية أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ، ووجوب تسليم الاكاف والثفر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة •

وضابطه كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم ؛ سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا ؛ مشتغلا بما لا حاجة الى ذكره . وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه . ولأن فهم هذه الأشياء صار فى العرف لمفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية . قال الامام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم .

ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون فى اطراده ؛ وأما ما لا يطـرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقيـد مطلقـا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير • والسبب فى ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقـل ولا ينسـخ ولا معارضة بينه وبين اللغـة ، واطلاقهم فى ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعـالى أعلم •

ثم أشار الامام أيضـا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خلاف الأصحاب فى أن الشىء النادر اذا أطرد ، كدم البراغيث فى بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العـام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرما فى غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعـة به فهو على ذلك الندور •

(فـرع) لو باع ثمـرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة • قال الرويانى : لا نص فيه (قال :) وقد قال أصحابنا يجوز بيعهـا مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمـو ولا تأخذ من أجـزاء الشـجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها •

(قلت :) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقـدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هـذه لا يجب تبقيتها على الشـجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحـال ، والله أعلم • وممن نص على الصحة فى ذلك أيضـا الخوارزمى وعلله بأن العقـد يحمل على العـادة . والعـادة فيه القطع . وكذلك صاحب التتمة والنووى فى الروضة ؛ فهذا ما يتعلق بالقسـم الأول ؛ وهو ما اذا بيعت الثمـار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار •

(فـرع) اذا اشتراها قبل بدو الصـلاح بشرط التبقية ؛ وقطع منها شيئا ، قال الشافعى فيما نقله أحمـد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمته (قلت :) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد اذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وان كان بعضهم قال : انه يضمن بالقيمة ، واطلاق صاحب التنبيه يقتضيه . فبهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

(فرع) اذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجاب الى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعى لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة ، فليكن البطلان ، ان قيل به فى قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقى العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه . وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح . بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما فى ذلك من تغيير عين المبيع .

(القسم الثانى) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع ، فانه يصح ، وقد نص الشافعى رضى الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضى أبو الطيب عن نصه فى الرسالة وقد رأيتها فى الأم أيضا فى باب ثمرة الحائط يباع أصله ، قال : فان قال قائل : فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ (قيل :) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعى بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعى فى الأم فى هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم ، لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع ولو بيع شىء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه . ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق فى هذا وخالف فى أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضى أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى فى الثمـرة اذا بيعت مع الأصل شرطا لقال ـ يعنى فى الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع ؛ وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الغـرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضا فانه اجمـاع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضى أبى الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضـا ، ومرادهم أن الأصـل غير متعرض للعاهة ، والثمـرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمـل ، وكأنه لحظ فى ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمـرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى •

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فان كان المـراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعـا فالفرق ظاهر ، وان كان المـراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسـألتنا هنا فقـد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعتك هذه الدابة وحملها ، ففى صحة العقـد وجهان (أصحهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصـح (والثانى) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب الصحة ؛ ومقتضى كلام القاضى أبى الطيب فى شرح الفـروع أن قول الصحة مفـرع على أن للحمـل قسطا من الثمن ؛ والقول الآخـر على أنه ليس له قسط •

(وأما) قياسها على الأساس فان كان كلام الأصحاب ـ وان كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها ـ لكنهم أجـروا خلافا فى بيع الجبة وحشوها ؛ فطريقة قاطعة بالصـحة لأنه جزء بخلاف الحمل • وطريقة مجرية للخـلاف • فهلا جرى فى الثمـرة مثل هاتين الطريقين ؟ (فان قلت :) مأخـذ البطـلان عنـد من يقـول بهـا فى بيـع الدابة وحملها ، والجبة وحشـوها • أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم • وكل واحد من الحمـل والحشـو يمتنع افراده بالبيع • والثمـرة بعد التأبير وقبل بدو الصـلاح يصح بيعها • ولكن بشرط القطع • ولا يلزم من ايجاب هـذا الشرط عنـدما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها ، ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا •

(**قلت :**) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها ، وذلك غير معلوم ، لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع ، فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع ، وأنه اذا قال : بعتك الدابة وحملها يصح ، وهو رأى أبى زيد ، وأيضا فان الثمرة قبل بدو الصلاح اذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة ، وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل ، وكيفما تدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما اذا قال : بعتك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟ ،

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه ، والاشكال عليه أشد ، فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة ، فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها اذا علم أن الحشو قطن ، وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا ، يعنى ان قلنا : له قسط صح ، والا فلا لعدم العلم به ، ويتفق وجوده ، واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها ، والجوز ولبه والرمان وحبه ، على أنه قال فى آخر كلامه : انه يجوز تخريجهما ، أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبه ، على الخلاف ، فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة ،

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن ، وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل ، ويقوى الاشكال على القياس عليه ، وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيع بغير شرط القطع ، وهو امتصاصها من ملك البائع ، وهذا المعنى مفقود فيما اذا باعها معها أو نقول بأنها اذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها مفقود فى بيعها مع الشجرة . فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية ، لما عرفته ،

(فان قلت :) ظاهر ما حكيته من نص الشافعى يقتضى الصحة فى بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها ، وهى غير معلومة ، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ (قلت :) يغتفر ذلك تبعا كالأساس ، والتحقيق فى ذلك كله أن ما دخل فى مسمى البيع وكان جزءا فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجا عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذى حكيته يقتضى الجواز فيه أيضا ، لأن المسيل والطرق خارجة . وبه جزم القاضى أبو الطيب ، ولم يحك فيه خلافا فى شرح الفروع . فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه . وان صح فى تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعى فى كتاب الصرف : ولا خير فى أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها[1] . هذا كله اذا جعله مقصودا بأن قال : بعتك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها . هذا ما يتعلق بالمعنى الذى أبداه القاضى أبو الطيب والمصنف .

(وأما) ما ادعاه القاضى أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما اذا كان على وجه الاشتراط . كقوله : بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك . فان ذلك صحيح لا شك فيه للحديث . أما اذا أتى به على وجه البيع كقوله بعتك النخلة وثمرتها . فانه يجوز عندنا وعند المالكية . لكن مذهب مالك أنه لا حصة للثمرة من الثمن . وكذلك مذهبه اذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة . وهو بعيد . وقال ابن حزم الظاهرى : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاشتراط فقط أخذا بظاهر لفظ الحديث . وللأولين أن يقولوا : انه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها فى البيع . والا فهى لا تدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها فى البيع بأى لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر . نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعى بقوله هنا بأنها تقابل بقسط . وقال فى الحمل هنا : انه لا يقابل بقسط . مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضا .

(فرع) هذا الحكم الذى ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف فى المذهب فيه أعلمه . قال الرافعى

---

(١) لعله (عقالها) أو عقبها أى ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم .

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع • لما فيه من الحجر على الشخص فى ملكه • وسبقه فى ذلك صاحب التتمة • وقال : انه لو شرطه بطل (قلت :) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه حجر على الشخص فى ملكه يعين ما قال • ومع ذلك فقد قال الرافعى : ان الأصح عند الجمهور وجوبه • وعلل الخوارزمى المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح • وقال ابن الرفعة : يشبه على طريقة الامام والغزالى فيما اذا شرط فى بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط • وهنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل فى الأصل والثمرة معا اذ الثمرة تابعة للشجرة فى التسليم ، والله أعلم •

(فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك — وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعى الذى قدمته فى بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهى غير معلومة • لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع فى قشره وهو الأصح (أما) اذا منعناه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا • كما سقط شرط القطع • ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح •

(القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة • اذا باع الثمرة فى هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذى جزم به المصنف فى التنبيه • وصححه الجرجانى والغزالى • وادعى ابن التلمسانى أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجى أنه ظاهر المذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، واعترض على القياس الذى ذكره المصنف

بالفرق فانه اذا باع الثمـــرة وحدها كانت العلة المذكورة فى الحديث متوقعة من أكل المــال بالباطل •

(وأما) اذا باعها مع الشـــجرة فعلى تقدير تلف الثمـــرة يرجع الى الأصـــل فلا يكون أكل المــال بالباطل (والثانى) وهو الأصح عند الشيخ أبى حامـــد والقـــاضى أبى الطيب والمحـــاملى والرويانى والشـــاشى وابن أبى عصرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما اذا جمعهما عقـــد واحد أن العقد اذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما اذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : ان الأول ظاهر المذهب ، وقال فى ايجابه انه أعنى أظهر القولين(١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان •

(فـــرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهـــذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليله(٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظـــرا ، أخذا من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منـــع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشـــار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمـــرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وان علل بأن توقع التلف قبل الجـــذاذ يمنع تحقيق التســـليم اقتضى الصحة ، لأن التســـليم متحقق ، فان الأصل فى ملك المشترى ، فلا علقة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضـــهم فى تعليل هـــذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشـــجر والثمار فيها ، وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفـــردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : ان التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصـــح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب : ان من

---

(١) بياض بالأصـــل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الايجاب هو القياس • (المطيعى)

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليله بأنه ــ أى المنع ــ يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ، استشكل بأن محمول مطلق العقد فى العـــادة لا يصير قضية لازمة وممن صرح به النووى الخ • (المطيعى)

فى يده وديعة ونحـوها اذا ابتاعها ووفر الثمـن لابد من النقـل والتحويل ، ليحصـل القبض وفارق ما اذا باع الثمـرة مع النخـل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما •

وعن ابن الصباغ والبندنيجى والمحاملى أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح الا بشرط القطـع أقيس • وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم • ولنرجع الى كلام المصنف •

(قوله) ولا يجوز بيع الثمـار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه • والبيع المطلق الذى خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر • وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله : ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز • وقد تقـدم بسط ذلك وبيانه فى ذكر حججنا وحجج الخصم •

(وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذى تكلمنا عليـه ثانيا • وادعى جماعة فيه الاجمـاع وتقـدم ما فى ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه • والا فقد يتراضيان على بقائه • وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا •

(وقوله :) وان باع الثمـرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسـقطه • اشارة الى أن الغرر لا ينتفى • ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر فى الحمـل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصـل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها • وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب فى هذا الموضع (والأصح) فى المذهب خلافه كما تقدم •

(وقوله :) وان باع الثمـرة ممن يملك الأصـل الى آخـره • هو هذا القسم الثالث الذى شرحته • وقد تقـدم • وسيأتى القسم الآخـر الذى بقى من أقسام بيع الثمـار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

(**فـرع**) اذا باع الثمـرة التى لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام فى كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها انه يصح ، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلابد من طرده فى بيع الثمار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراهما مجرى واحدا ، والأقسام التى فى الثمار عائدة بعينها فى الزروع •

(القسم الأول) أن يبيعها مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل للحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وفى الحديث الآخر : « وعن بيع الحب حتى يشتد » وقياس مذهب أبى حنيفة وتجويزه البيع فى الثمار مطلقا أن يجوزه فى الزروع أيضا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم فى الثمار وخالف سفيان الثورى وابن أبى ليلى كما خالفا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبى ليلى أيضا على أنه لا فرق فى الزرع فى السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع •

وخالف ابن حزم الظاهرى فجوزه تمسكا بأن النهى انما ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت فى منع بيع الزرع منذ ينبت الى أن يسنبل نص أصلا ، وروى عن أبى اسحاق الشيبانى قال : سألت عكرمة عن بيع القصيل • فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه • قال : وهذا نفس قولنا • وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف فى الزرع الماوردى والرافعى وغيرهما ولو باع القت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح • ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمى •

(واعلم) أن الأصحاب اتفقوا — فيما أعلم — على اشتراط شرط القطع فى هذا القسم ، وقال الغزالى فى الوسيط : (أما) البقل ان بيع مع الأصول فلا يشترط القطع ، وان بيع دون الأصول

ينزل على القطــع ، قال ابن أبى الدم : يريد به أنه لابد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لابد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى فى محيطه • انه لابد من شرط القطع ، وذكره الشيخ فى البسيط فى الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة فى الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع فى هــذا ، بل متى أطلق نزل العقــد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمــار ، ولفظ الشيخ فى الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبى الدم •

وقال ابن الرفعة : ان الأشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه الى الحالة التى يجــذ فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطــع • أو أن ينتهى فيجــوز كما ذكرنا عن المــاوردى • وعليه يحمل كلام الغزالى • لأنه ذكره عنــد الكلام فى بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصــه فى الأم يدل على ذلك • لقول الشافعى فيهــا : لا يجوز أن يبــاع القرط الا جذة واحــدة عند بلوغ الجذاذ ويأخــذ صاحبه فى جذاذه عنــد ابتياعه • وقال فى هــذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط فى العقــد أياما وقطعه ممكن فى أول منها كان المشترى منه بالخيــار فى أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقض البيع •

(**قلت**) وهذا حمل حسن • وعليه يدل كلام القاضى حسين ومراد ابن الرفعة بكلام المــاوردى ما سيأتى عنه فى بدو الصلاح • وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن فى كلام الشافعى الذى اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصــح وهو ظاهر لأنه يؤدى الى اختلاط • فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هــذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية • ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق • لكن يكون هــذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه •

(أما) الزرع الذى يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد • سواء كان بقــلا أو قصيلا أو سنبلا • ما لم يشــتد • وقال الشافعى أيضا : لا يجــوز بيع القصيل الا على أن يقطــع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد . وهذا النص يحمــل على ما لم يبد صلاحه ؛ ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا

(وأما) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه ، والله أعلم .

(القسم الثانى) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا .

(**تنبيه**) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشتد ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلاقه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرئيا كالشعير أو غير مرئى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرئى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا .

(القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر ههنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشترى .

(**فرع**) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض . وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك . فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على ابقائه . ثم اشتراه البائع مطلقا : هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المـالك فى هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبى ؟ (وأما) الثمـرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشـجرة لا يجوز استئجارها ، كما صرح به بعض الأصحاب فى هذا الباب •

(فـرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض ، فانه يصح ويشترط فيه ذكر القطـع ، قاله القـاضى حسين وصاحب التتمـة والخوارزمى ، وهو ينبغى أن يكون تقييدا لمـا تقدم من الاطلاق ، وعلى قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة •

(فـرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة فى المنع عن بيع الثمـار قبل بدو الصلاح (ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد فى النخل ، قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلمـاء أن جميع الثمـار داخل فى معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه •

(فـرع) لا فرق فى الثمـار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو يقطف كالحصرم والعنب • أو يجمع كالبطيخ والقثـاء والخيـار والباذنجان • وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والرانج • كلها تجزى فيها الأقسـام المتقدمة والآتية فى بيعها قبل بدو الصلاح وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم •

(فـرع) الفجل المغروس فى الأرض والسلجم والجزر والسلق اذا اشترى ورقه فان شرط القطـع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز • وان اشترى أصله المغروس فى الأرض لم يجز • سواء قلنا : بيع الغائب باطل أو صحيح • لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته • قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما •

(فـرع) قال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقـد • ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث • وقال فى الجوز ونحـوه : اذا كان فى الأرض ويكن[1] بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

---

(١) كذا بالنسـخة المطبوعة والعبارة غير مستسـاغة ولعلها : " اذا كان فى الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض " • (المطيعى)

ظاهرها دون باطنها وسيأتى عن الامام أن البقول التى تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا • وليس لها حالة كمال بدو الصلاح •

(فــرع) قال ابن الحــداد فى المولدات : باع نصف ثمــرة على رؤوس النخــل قبل زهو الثمــرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم • وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والرويانى فى الزرع والثمــرة جميعا ، وقد ذكر هــذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الشافعى فى الصــلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخــر مسألة فى كتاب الصلح • قال الرافعى وغيره : وعللوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطــع • ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصــان عين المبيع فأشبه ما اذا باع نصــفا معينا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصــح العقد فيه • وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة •

(أما) اذا جوزنا قسمة الثمــار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقســم أو لا فليكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القســمة لا مطلقا ، وعلى هــذا يدل كلام ابن الحداد • قال القاضى أبو الطيب : هو الصحيح (قلت :) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قســمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا • وفى العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز • وان قلنــا : انها افراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز ، وان قلنا : انها بيــع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعــد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجــوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحــداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما ، وفى الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنــا الخلاف مطلقا •

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخــلاف فى

القسمة ــ وان كان مخالفا لما قاله المحاملى ــ فليس فيه تصحيح للجواز ؛ لأنه لم يذكر هنا ؛ أما الأصح عنده فى القسمة وقد صحح الرافعى فى باب الربا أن قسمة ذلك تبع • فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ؛ وان كان فى باب القسمة حكى اختلاف التصحيح فى قسمة المتشابهات • وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعى عن أبى الطيب من آخر الخلاف فى ذلك . والذى ادعاه ابن أبى الدم أنه لا خلاف فى البطلان • وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب فى التعليل ؛ وأن أبا الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعى على هذه العلة : فالتصحيح حينئذ فى التعليل ولا خلاف فى الحكم •

وقد قال الشافعى رضى الله عنه فى باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ؛ فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال • وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمرة حصة من الثمن • فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا بخرص ولا تبع ؛ ولا تجوز قسمته الا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ؛ أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا • وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمره • ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة • واذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس فى تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا فى يد بيد انتهى • فهذا نص فى امتناع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل •

(واعلم) أن ابن الحداد علل المنع فى ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب فى التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصح قسمتها . فان البيع لا يصح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمه افراز . وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ؛

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضى أبو الطيب : هذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذى ذكره ابن الحداد ، ونص الشافعى كذلك ، قال فى الصلح : لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبى الطيب أن علة ابن الحداد هى الصحيحة ، وأن القول بذلك مبنى على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضى أبو الطيب بعد ذلك : انه اذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع يصح فيه ، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه •

(وأما) اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبع ، والشرط فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا الذى قاله القاضى بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ، وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها ، وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها ، والله أعلم •

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضى فى هذا الكلام الذى قاله ، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعى ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك بمفهوم ذلك على اثبات خلاف فى هذه المسألة بأولى من التمسك به على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع ههنا ، وكيفما قدر فالمنع فى هذه المسألة اما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ، واذا نظرت الى كلام الرافعى بمجرده ، وما قاله فيما اذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما حكاه عن أبى الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفى ذهنك أن قسمة المماثلات افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة ، وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمته خرصا جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجرى

فيهما الخرص ، وفى قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه فى الصرف الجواز ، وذكر الرافعى أنه الأصح تفريعا على أن القسمة افراز ، لكنه ذكر فى ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر امتناع البيع فى ذلك •

والعجب من القاضى أبى الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته ؛ مع أنه جزم فى باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا ، وانما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، الا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص يجرى فى غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف فى قسمة ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) الأصحاب قالوا فى كتاب المساقاة : ان بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وان لم تجزم القسمة (قلت :) صحيح لأن التبقية تجب على البائع ، وهى تستلزم تبقية الباقى اذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها تغيير عين المبيع ، والله أعلم •

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الرافعى وغيره ، وكذا اذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة • قاله الخوارزمى ، فلو شرط القطع فى ذلك احتمل أن يكون اشتراطه فى بيع كل الثمرة مع كل الأصل • واحتمل أن يكون أولى بالفساد • لأجل امتناع القسمة • ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر ، فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض • فوجهان مبنيان على الوجهين فى اشتراط القطع ، لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل ، قاله القاضى حسين فى الزرع ، والرافعى فى الثمرة ، وقد تقدم الخلاف فى الأصح من الوجهين ، وأن الأصح الاشتراط ، فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة •

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين ، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ، وقال الخوارزمى : ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعا على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ؛ أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فان باعه مطلقا لم يجز ، وان كان بشرط القطع صح ، لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشترى ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشترى الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشترى بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشترى جائز ؛ قاله القاضى حسين فى الزروع ، والرافعى فى الثمار ، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع •

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لاثنين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعى ، وان كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع اذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضى حسين ، فأما اذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولا واحدا •

وقال الخوارزمى فى الكافى : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقا ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ؛ ولو كانت الأرض لاثنين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فان باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح ، وان باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وان باع الكل من أحدهما لم يصح ، وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين . ان قلنا : لا يحتاج الى شرط القطع جاز ، والا فلا ؛ قاله القاضى حسين ؛ ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم • ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال فى التتمة : فان قلنا : انه اذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع فى الكل لأن كل الزرع مبيع (وان قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد ؛ لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ؛ ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل • قاله فى التتمة •

واطلاق صدر المسألة فى أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال فى التتمة : لا يجوز • لأن النصف الذى هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه • والنصف الذى هو مبيع دون الأرض لابد من شرط القطع ؛ وشرط القطع فى النصف لا يمكن ، والله أعلم •

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم فى موضعه •

(فــرع) رأيت فى المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز • فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك • ولعله غلط فى النسخة •

(فــرع) فى رهن الثمــرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف • سيأتى ان شاء الله تعالى فى موضعه ان يسر الله ذلك •

(فــرع) قال أحمد بن بشر عن نصه(١) • ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها •

(فــرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع • وتكون الأرض كالشجرة •

(والحالة الثانية) أن يفــرد أصول البطيخ بالبيع ؛ قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط القطع ؛ اذ لم يخف الاختلاط ؛ ثم الحمــل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشترى ؛ قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخــلة بعد البيع . وكان بعض ثمرتهامؤبرة حين البيــع لأجل أن ذلك يعــد حملا واحدا . وهذه بطون • وان خيف اختلاط الحملين فلابد من شرط القطــع . فان شرط فلم يتفق حتى وقــع الاختلاط فطريقان سنذكرهما فى نظيره

---

(١) الضمير فى نصه يعود على نص الشافعى فى الأم او الاملاء واحمد ابن بشر هو ابن عامر المرورذى القاضى أبو حامد (ط) •

ان شاء الله تعالى . ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلابد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر ؛ فاذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشترى ؛ قال ابن الرفعة : وفى صحة البيع نظر ؛ لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود •

(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذى قاله القاضى أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ؛ وقال الامام والغزالى والمتولى : لابد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد فى ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعى أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه فى بيع الأصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ؛ فليعلم قول المصنف ــ بالواو ــ وكذلك وهذا الذى قاله الرافعى متعين ؛ اما أن يقال بالجواز فى المسألتين أو بالمنع فيهما ؛ والأول أقرب الى كلام العراقيين •

(والثانى) مقتضى كلام القاضى حسين والفورانى والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة فى الأول ؛ ومنع فى الثانى وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة فى الموضعين ، وفى كلام الشافعى فى المختصر ما يمكن التمسك به فى ذلك •

(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وان كان بدا الصلاح فى كله أو بعضه نظر ــ ان كان يخاف خروج غيره ــ فلابد من شرط القطع ، فان شرط فلم يقطع ففى الانفساخ للبيع قولان يأتى نظيرهما ان شاء الله تعالى • وقال ابن الرفعة : قد يقال : ان ذلك ظاهر على قولنا : ان الاختلاط اذا حصل يبطل البيع ؛ أما اذا قلنا : لا يبطل فيصح ههنا • والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك ههنا • وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع • والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ فى الأحوال المذكورة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر • ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجذاذ للخبر • ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقية الى أوان الجذاذ • فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز) •

(**الشرح**) القسم الرابع من الأقسام المتقدمة • وان شئت قلت : الثانى أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا • وقسمه الأصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ، وممن ادعى الاجماع فيه الماوردى ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضيه للتحريم . فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم . وهذا لابد من الاعتضاد به • فان فى التمسك بالمفهوم فى الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا • قال شارح البرهان فى أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم . وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشافعى . لكنا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك . فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم •

وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتى

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هـذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصـلاح مطـرد فى ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك •

(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضـا بلا خلاف للخبر ، وقد تقـدم ما فى ذلك ، وبالقياس الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفى هـذه الحالة للمشترى تركها الى أوان الجـذاذ ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشترى قطعها فى الحال بنـاء على أصله فى أن اطلاق العقـد يقتضى القطع • واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعـرف وبقوله صلى الله عليه وسلم فى بيع الثمرة قبل بدو الصـلاح : « أرأيت اذا منـع الله تعالى الثمـرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيـع الثمـرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ • لأنه لو وجب قطعها فى الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف • وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بعتك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير • وكانت قيمته فى العرف ألف درهم • فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل •

وأجاب أصحابنا بأن فى العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل • ومن اشترى ثمـرة ولم يتعرض للابقـاء وطمع فى الابقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه •

(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية فيصـح عندنا • وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصـح تمسكا بأن ذلك ينافى مقتضى هـذا العقد الخاص للتبقية • وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متـاع فانه ينقله على حسب العادة • وتمسـك المصنف وأصحابنا فى ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه • وقد تقـدم ما فى ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية • وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم • والتمسـك بالقياس مبنى على اقتضـاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم •

(فـرع) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها • ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصـلاح يرتفع فيجوز البيـع بشروطه

المذكورة فى مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد فى سنبله • وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه فى غير كمام ، كالشعير والذرة • وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته فى بقائه فيها كالرمان والباذنجان والأرز على خلاف فيه • وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس • أو قشرتان اما كالفستق والبندق والجوز • واما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز • وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة فى سنبلها فى باب ما نهى عنه من بيع الغرر • فلا حاجة الى اعادة شرحه ، والله أعلم •

وما أشرت اليه من المعنى بقولى ان المنع الأول ارتفع ببدو الصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم • وان قلنا : ان له عموما فانه يقتضى ارتفاع ذلك النهى • أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا • كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » نهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل الأذى حتى تغتسل •

(فـرع) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلا جاز بشرط القطع • أو بعد الاشتداد بارزا كان كالشعير والجاورس والدخن • أو متسنبلا فى كمام فقولا بيع الغائب • فان باع الأرض مع الزرع — فان كان أخضر — صح فيهما • أو مشتد الحبات بارزا فكذلك • أو مستترا — فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد — بطل ههنا فيه • وفى الأرض قولا تفريق الصفقة ، وان صححنا فيه فردا ولكن نثبت خيار الرؤية فههنا قولا الجمع بين مختلفى الحكم •

(فـرع) قصب السكر صلاحه فى بقائه فى قشره ، كالجوز فى قشره ، فى قشره الأسفل ، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه اذا بدت فيه الحلاوة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه فى قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى الى أوان قطعه •

(فـرع) الكتان اذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما يغزل منه ظاهر مرئى والشاش فى باطنه كالنوى فى التمر

ونحوه ؛ لكن هذا لايتميزفى رأى العين بخلاف ألتمر والنوى ، والله أعلم •

(فـــرع) البقل اذا بيع مع الأصـــول قال الغزالى : لا يشترط القطع ؛ فانه لا يتعرض لعاهه ، وقال صاحب التهذيب : لا يجـــوز بيع القت والبقـــول فى الأرض دون الأرض الا بشرط القلع أو القطع ، سواء كان مما يجـــذ مرارا أو لا يجـــذ الا مرة واحـــدة ، غير أنه اذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطـــع لا يجـــوز قلعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجـــذ الا مرة واحـــدة يجوز ، وقال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ، ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التى فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخـــل فى العقـــد كأصول الأشـــجار ؛ وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بجـــذه فى الحال ، وكذلك القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث •

والفرق على رأى الغزالى بين البقـــل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطـــع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهـــذا اذا قطع الظاهر لم يخلف ؛ واذا كان كذلك فالآفة متعرضة لمـــا ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهـــذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كمـــا يؤثر فى البطيخ ؛ فلذلك استويا فى الحكم ؛ ولا كذلك ما يخلف من أصـــول البقول ونحوه ، فانه الذى فى الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم •

وان بيع البقـــل دون الأصول ، قال الغزالى : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقـــاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التســـوية فى ذلك واعترض على الغزالى فى كلامه بأن شرط القطع فى ذلك ليس بواجب . قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التى يجـــذ فيها فلا يجوز بيعـــه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جاز ، وعليه يحمل كلام الغـــزالى : وظاهر نصه فى الأم يدل على ذلك •

(فــرع) فان باع الثمــرة بعــد بدو الصلاح مع الأصـــول والزرع بعــد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت ـــ فان كانت الثمـــرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه ـــ جاز لأنه مبيع مشــاهد ، وان كانت الثمــرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج فى قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفــول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجــوز بيعها مفردا جاز مع الشــجر والأرض (وان قلنا) لا يجــوز لم يصح البيـــع فيها لأنه مبيع مجهول مقصـــود فى نفسه وهل يصــح البيـــع فى الشجرة والأرض يبنى على القولين فى تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل فى الجمع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صــح البيع فى الشجر والأرض ، وللمشترى الخيار بين أن يمســك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يرده ويأخذ ما دفع وقد تقــدم هذا التفصيل كله فى بيع الزرع من كلام المــاوردى •

(فــرع) فى مذاهب العلمــاء • وافقنا مالك وأحمــد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصـــلاح • وقال أبو حنيفة : لا يجــوز • واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأشبه اشتراط ترك القماش فى الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر • ولا أجرة لها بخلاف الدار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وبدو الصـــلاح فى الثمـــار أن يطيب أكلهـــا • فان كان رطبـــا بأن يحمــر أو يصفر وان كان عنبـــا اســـود بأن يتمـــوه وان كان أبيض بأن يرق ويحـــلو ، وان كان زرعـــا بأن يشـــتد وان كان بطيخا بأن يبـــدو فيه النضـــج ، وان كان قثــاء بأن يكبر بحيث يؤخـــذ ويؤكل ، والدليـــل عليه ما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـــه وســـلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشـــتد ، وعن بيع العنب حتى يســـود ، وعن الثمـــرة حتى تزهى » وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صـــلى الله عليـــه وســـلم : « نهى عن بيـــع الثمـــرة حتى تطعم ») •

(**الشرح**) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمـرة حتى تزهى ؛ وفى رواية ثمر النخل ؛ وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسـود ، وعن بيع الحب حتى يشـتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حمـاد بن سلمة ؛ وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمـرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخاري ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمـرة حتى تطيب » وعندهما فى رواية أخـرى واللفظ للبخـارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمـرة حتى تشـقح ، فقيل وما تشقح ؟ قال : تحمـار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم فى رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كمـا ذكرها المصنف فاذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطـلاق قل : رواية مسلم •

وقوله : يتمـوه قال ابن أبى عصرون : يدور فيهـا المـاء الحلو ، ويصفو لونها ؛ وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى • وقد تقـدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم ــ بضم الياء وكسر العين ــ ويقال ــ بفتح العين ــ وضبطه ابن البدرى أنه ــ بفتح التاء والعين ــ أيضـا وهى خطأ قال : معنـاه حتى تصير طعما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمـر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخـل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقـدم أنه نهى عن بيـع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادى بياضه •

(**أما الأحكام**) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصـلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمـر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ؛ وحكى عن عطـاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجـد فى الثمـرة ما يؤكل قليل أو كثير ؛ قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمـر وابن عباس ؛ وروى عن النخعى أن بدو الصـلاح بقوة الثمـرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى ، وكان ابن عمـر انما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عنـدهم فى ذلك الوقت ؛ فتباين الألفاظ عن العلمـاء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمـد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغير صفة فى الثمرة ؛ وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شيء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاشتداد فى الحب والاسوداد فى العنب والزهو فى الثمـرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة ، وهى تشـمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه ؛ فلذلك قال فى الحديث : حتى تطيب ؛ قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صـلاح الثمـر ، أو يتقدم ، بل البلد الواحد قد يتعجل فى عـام ، لاشتداد الحر ودوامه ، ويتأخر فى آخـر لاشتداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس(١) قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح ، لأن ثمـار النخل تؤكل طلعا وبلحا ؛ والكرم يؤكل حصرما ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ؛ لأن قوة الثمـرة قبـل صلاحها ، واذا صلحت لانت ونضجت •

وقد أشار الشافعى رضى الله عنه الى اختلاف بدو الصـلاح فى أجناس الثمـار بقوله : وللخربز نضـج كنضج الرطب ، فاذا رأى ذلك فيه حل بيـع خربزه(٢) والقثاء تؤكل صغارا طيبا ، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه •

(واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشـافعى رضى الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء ، فلا فائدة فى ذلك . أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة •

(وأجاب) الأصحاب بأن الشافعى قصـد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه فى الابتـداء مخالف لمـا يكون فى النهاية ، وأن القثـاء

---

(١) بشنس ، بفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهى أدق الشهور وأضبطها بالسنة للديار المصرية فى الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول • (المطيعى)

(٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربى فصيح وقيل فارسى • (المطيعى)

بخلاف ذلك . لأنه فى ابتدائه وصغره طعمه كطعمه فى حال كبره ؛ بخلاف بقية الثمار ، فانها تكون فى ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير حلوة ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعى .

قال الماوردى : وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون ، وذلك فى النخل بالاحمرار والاصفرار ، وفى الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض (وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش (ومنها) ما يكون بالبياض كالتفاح .

(قلت) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون السابق ، وجعل القاضى أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر فى حال كماله كما يكون فى صغره ، قال : فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته ، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه ظاهر .

(القسم الثانى) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ؛ فاذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه .

(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ؛ فاذا لانت صلابته بدا صلاحه ، وهذا معنى قول غير الماوردى طيب[1] أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ؛ فان ذلك يحصل فى وقت واحد ؛ وقال صاحب التتمة لما تكلم فى البطيخ : الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ ؛ الا فى شىء واحد ؛ وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس أن يكبر ويتناهى ؛ لأنهما لا يؤكلان فى تلك الحالة ؛ ولكن أن يصير

---

(١) كذا بالأصل ولعل العبارات الثلاث المشار اليها توضح لنا صحة السياق بما يلى وهذا معنى قول غير الماوردى . طيب الرائحة أو اللون أو الحلاوة .. الخ . (المطيعى)

الى الحد الذى يقصـــد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة . فاذا كان فى جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه •

(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ؛ كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه •

(الخامس) ما بدو صلاحه بالطـول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحـد الذى يجـذ عليه ؛ بدا صلاحه ، هكذا قال المـاوردى ، وسنذكر فى آخـر الكلام فرعا عن الامام فى القرط ، وما فى معناه من البقول ؛ يخالف ذلك ، وما قاله المـاوردى أولى لمـا سنذكر ، ونص الشافعى يدل لمـا قاله المـاوردى ، والمـاوردى فى اجازته بيع البقـول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى •

وقال ابن الرفعة معتذرا عن المـاوردى فى ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا ، بل العرف قطعه ، فاكتفى به كمـا اكتفى به فى التبقية فى الثمرة لعـدم[1] وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هـذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ؛ واستحق التبقية فى الباقى الى أوان قطعه •

(السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيـار والباذنجان •

(السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجـوز ؛ فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود المـاوردى من هـذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المشقق اذا نظمهما العقـد وغيره كما تقـدم ؛ وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشـقق بشرط القطـع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ؛ وانما سبق الكلام فى المعنى الأول •

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط الشرط ، او الضرر ، او بدو الصلاح •
(المطيعى)

(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر ، فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه ؛ وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط ؛ هكذا قال عطاء والنخعى ؛ وجملة القول فى بدو الصلاح أن تنتهى الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال كمالها ؛ هكذا كلام الماوردى الا ما فى ضمنه مما حكيناه عن غيره ، وما نقله فى ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال : ان بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع ، وكذلك قال القاضى حسين ، فلذلك رأى الرافعى أن يضبط حالة بدو الصلاح فى هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التى تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذى قاله الماوردى وهو أسلم من ضابط الماوردى ، فان الكمال بالمعنى المذكور فى باب الربا ليس مرادا ههنا واعتبار الماوردى أدنى الأحوال أحسن من عبارة الرافعى فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها ، ولا يعتبر فى بدو الصلاح الا أولها ، فينبغى أن يزاد هذا اللفظ فى كلام الرافعى ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان اللفظ منزل على ذلك •

وقد حكى الرويانى عن القاضى أبى حامد أنه قال فى جامعه : قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ، ثم نقل قول عطاء والنخعى المتقدم ، والله أعلم •

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصلاح فى الثمار أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح ، اذ ليس فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح فى الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل :) البسر ليست العادة أن يؤكل فى أول احمراره أو اصفراره ؛ بل يؤخر الى تناهيه : ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر ؛ كما صرح به الحديث ونص الشافعى ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين ، يعنى فلأجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة فى الطيب (فالجواب) ما قاله الامام : فانه أورد ما الذى أوجب الفرق بين القثاء والثمار ؟ وأجاب بأن

لا فرق . فان الزهو اذا ابتدأ الناس فى الأكل . وقد يعقب تأخر المطعم الى تمام الادراك .

كذلك القول فى القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ؛ ولكن عموم الأكل يتأخر ؛ والذى يتناهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ؛ فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه ، فعلامة ذلك فى المتلونات التلون الى جهة الادراك ؛ وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذى لا يؤكل فى العادة أصلا كالقثاء فى حال تناهى صغره لم يبد صلاحه . والذى يؤكل فى العادة بدا صلاحه ؛ وللأكل فى العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل فى البسر بالاحمرار دون القثاء فى صغره . وادخال المصنف الزرع فى أصناف الثمر ؛ يشهد له قول الله تعالى : **« كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده »**(١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الا قوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذى حكيته فيما تقدم من كلام الماوردى ، وهو الموجود فى كلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفى كلام الماوردى أن الصلاح فى الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى فى القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للأكل فى العادة ، وفى معنى القثاء الخيار والباذنجان ؛ كما صرح به الرويانى ، قال : وفى الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفى الورد الانفتاح والانتشار .

(فرع) اذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان — فان بلغ نهايته — جاز من غير شرط ؛ ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ؛ ولكن لا تقطع الأغصان معها ؛ قال ذلك القاضى حسين .

---

(١) الأنعام : ١٤١ .

(فــرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخــلق منه تبعا لمــا خلق ، ووجب افراد العقــد بالموجــود ، وقال مالك : يجــوز بيع ما لم يخلق تبعا لمــا خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشترى هذا الشــجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطــع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع •

(فــرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجــوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقســم الأصحاب الاستثناء فى البيــع الى أربعة أقسام :

(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيــع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعتك ثمــرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها ، فهــذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة •

(والقسم الثانى) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعــده مجهولا ، وهو ضربان مشــاع ومحــدد فالمشاع كقوله : بعتك هــذه الثمــرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمــر رضى الله عنه محمول على أنه كان معلوما ، والمحــدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : ان كان قدر ثلث الثمــرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط •

(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيــع بعــده مجهولا ، كقوله : بعتك هذه الثمــرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز •

(والقسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعتك من هذه الثمــرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، ان أمكن كيل الثمــرة ، وبطل ان لم يمكن كيلها ، ولا يصــح الخرص فيها ، لأن البيــع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحدس ، وانمـــا يجوز فى حق المســاكين لأنه مواساة (قلت :) الصحيحُ فى العرايا انه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم • وان لم يعلمـــا أن فى الثمـــرة مائة صاع كان البيـــع باطلا للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعـــد ، فكانت مائة صاع فصـــاعدا لم يصح البيـــع بعد فســاده ، قال ذلك المـــاوردى وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقســـام مبسوطة كاستيعابه ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا باع ثمـــرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفـــا منها هو ربع الثمـــرة ، فان قال : الا ما يخص قيمة ألف منها بســـعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا فرض القاضى أبو الطيب المســـألة ، وهو غير ظاهر ، وقال المـــاوردى فيها : ان كان الاستثناء بســـعر ما باع صح وان كان بســـعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبى الطيب أبين وأحسن •

(فـــرع) قال : اشتريت منك هـــذا الثوب بهـــذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الرويانى ، ولو قال : بعتك قفيزا من هـــذه الصبرة الا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الرويانى •

(فـــرع) قال : بعتك ثمـــرة هذا النخـــل الا النوع المعقلى ، فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صـــح البيع ، وان جهلاه فسد • قاله المـــاوردى •

(فـــرع) باع شاة واستثنى سواقطها ، قال فى الصرف : لا يصـــح ، وكذا اذا قال الا رأســـها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمســـافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك فى حق المســـافر : يجـــوز ، قاله القاضى أبو الطيب •

(فـــرع) باع قطنا واستثنى حبه . أو سمسما واستثنى كسبه . أو شاة واستثنى جلدها ، كان البيع فى هذا كله باطلا ، قاله المـــاوردى •

(فــرع) بيع الثمــرة وفيها قدر الزكاة مذكور فى(1) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعتك الثمــرة الا مقــدار الزكاة يصـــح بشرط أن نذكر قدر الزكاة فى البيــع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ، ورده أصحابنا ، فان أراد أن يدفــع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يحل محل البائع (والثانى) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشترى الثمــرة رطبا ففيما يطلب به من حق انزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمــرا على الوجه الذى يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضمانا لعشرها تمــرا (والثانى) يطالب بقيمة عشرها رطبا على الوجه الذى يمنــع دفع الزكاة من غيرها • فعلى هــذا ان نقصت قيمة عشرها رطبا عن قيمة عشرها تمــرا ففى الرجوع على البائع بفصـــل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت فى الذمة أو فى العين ؟ فعلى الأول يرجع • وعلى الثانى لا يرجع عليه لزوال يده عن عين • قال ذلك المــاوردى : ولعلل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشـــترى بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الرويانى نقلا عن المــاوردى •

(فــرع) الزرع الذى يخلف كالقرط وما فى معناه من البقول يكون متزايــدا أبدا • لا وقوف له فاذا بيـــع منه جــذة فلابد من شرط القطع • ولا ينظر فى هــذا القسم الى ما يقــع فى زمن العاهات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط • قاله الامام • وقد تقــدم عن المــاوردى ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنــع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى فى كلام المصنف فى بيــع الثمار الذى يعلم اختلاطها •

(فــرع) اذا اشترى الزرع الذى لا يخلف ، اما بعــد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد ضننت تبقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما ، فالزيادة التى تحصل فى الزرع للمشترى بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف • قاله الامام • والزرع الذى لا يخلف لو قطــع يملك المشترى ظاهره ،

---

(1) بياض بالأصل والسقط : أبواب الزكاة • (المطيعى)

وعروقه المستترة بالأرض • قاله الامام (قلت :) فيجيء على ذلك أنه اذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشترى قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقــدم أيضا • وسنذكر فى مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجـــد بدو الصـــلاح فى بعض الجنس من حائط جاز بيـــع [ذلك] الجنس كله فى ذلك الحــائط ، لأنا لو قلنــا : لا يجــوز الا فيمــا بدا صـــلاحه فيــه ، أدى الى المشــقة والضرر بســوء المشــاركة ، ولا يجـوز أن يبيـــع ما لم يبد فيه الصـــلاح من جنس آخر وما لم يبد فيــه الصـــلاح فى ذلك الجنس من حائط آخــر ، لأن المنــع من ذلك لا يؤدى الى الضرر بســوء المشــاركة ، فان بدا الصـــلاح فى بعض الجنس فى حائط ، فبــاع منــه ما لم يبد فيــه الصـــلاح مفــردا من غير شرط القطع ، ففيــه وجهــان (أحــدهما) يجــوز ، لأنا جعلنــاه فى حكم ما بدا فيــه الصـــلاح فجــاز افــراده بالبيـــع (والثانى) لا يجــوز لأنه انمــا جعــل فى حكم ما بدا فيــه الصـــلاح تبعا لمــا بدا فيه الصـــلاح ، وما أجيز بيعه تبعا لغيره لم يجــز افراده بالبيـــع كالحمـــل) •

(الشرح) فى هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصـــلاح فى بعض الثمـــرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجـــرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعـــة واحـــدة لم يكمل تفكههم بها وانما تطيب شيئا فشيئا . ولو اشترط فى كل ما يبـــاع طيبه فى نفســـه لكان فيه ضرر ؛ فان العذق الواحـــد يطيب بعضه دون بعض ؛ والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدى الى أنه اما أن لا يبـــاع ؛ واما أن يباع حبة حبة . وفى كلا الأمرين حرج ومشـــقة وقـــد قال تعـــالى : « **وما جعـــل عليـــكم فى الدين من حـــرج** »[1]

---

(١) الحج : ٧٨ •

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعى رضى الله عنه فى الأم عن عطـاء فى الحائط تكون فيه النخلة فتزهى ، والحائط بلح : قال : حسبه اذا أكل منه فليبع ولا أعـلم بين العلمـاء خلافا فى أنه لا يشترط الصـلاح فى جميع المبيع ، وانما اختلفـوا فى مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفى بدو الصلاح فى نخلة واحـدة ، بل فى بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشـجر حكمه حكم النخل •

اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : اذا بدا الصـلاح فى بعض الثمرة دون بعض ـ نظر ان اختلف الجنس ـ لم يكن بدو الصلاح فى أحد الجنسين صلاحا فى الجنس الآخـر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحـدة ، وبدا الصـلاح فى أحدهما دون الآخـر وجب شرط القطع فى الجنس الذى لم يبد فيه ؛ لا خلاف فى ذلك عندنا ؛ وقال الليث بن سعد : يجوز ؛ ويكون ذلك صلاحا لجميـع أجناس الثمار فى ذلك البلد • وان اتحـد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف •

وان اختلف شىء من هذه الأشـياء ففيه صور (الأولى) أن يختلف النوع كالمعقلى والبرنى . فيبيـع النوع الذى بدا صلاحه ، والنوع الذى لم يبد صلاحه من جنسـه فى ذلك البسـتان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشـهوران فى طريقتى العراقيين ، والخراسانيين ؛ كالوجهين فى نظير ذلك فى التأبير (والأصح) عند الرافعى التبعية ؛ وأن حكمه وحكم التأبير واحد ؛ وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبى على الطبرى على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنيجى فيما نقـل عنه ، وهو الذى نص عليـه الشافعى على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الامـلاء أنه قال فيه : اذا كان فى حائط برنى وعجـوة وصيحانى فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع •

(وأما) قوله فى الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ؛ وبدا صلاح صنف منه فلا يجـوز أن يبيع واحدا منهما بحاله ؛ فلا ينافيه . فان معنى هـذا أن يفرده بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل . لكن القاضى أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع . ونص الشافعى عليه فى البويطى . أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع الآخر ؛ لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية ؛ فكذلك فى النوعين مثله سواء .

(**قلت :**) ولا حجة فى هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبا . نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى . فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فانا انما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ، وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمرة اذا احمرت أو صفرت فى الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا وبعضه صيفيا ؛ فلا يجوز الا أن يبيع كل واحد منهما على حباله ؛ وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حمله على الجنسين فبعيد .

واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض الأنواع تابع لبعض . وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا . لمخالفة نص الشافعى . فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب ؛ واما أن يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية . وبين ما يتأخر فلا يحكم ؛ بل لا ينظر الى اختلاف الأنواع ، بل الى تفاوت الزمان ؛ حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا ؛ منه ما يكون فى الصيف . ومنه ما يكون فى الشتاء . لا يجعل أحدهما تابعا للآخر فى الصلاح ؛ فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور ؛ والمعنى والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه .

فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وان اختلف الزمان ، مخالف لنص الشافعى فى البويطى . والحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك فى التأبير ؛ والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الاملاء ، وهــذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ، وبه يحصـــل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشــافعى : ويمكن أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والشــتوى على الجنسين ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عصرون : واذا كان فى البســتان جنسان يتباعد ادراكهما كالصيفى والشتوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه الشتوى ، والله تعالى أعلم •

ومن العجب أن ابن خيران اختــار فيما اذا أبر بعض الأنواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختــار أن النوع الذى لم يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه فى المســألتين ، وهو مشــهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما ، فلذلك لا تناقض بين كلاميه : وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مســألة بدو الصلاح استدلوا بأن هــذه الأنواع تضم الى ما بدا صلاحه فى الزكاة ، فمتى وجد منها وســقان ونصف ومن هــذه التى بدا صلاحها وســقان ونصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعى رضى الله عنه من الثمــرة الشتوية مع الصيفية ، فانها لا تتبعها فى بدو الصلاح ، وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فاطلاق كلام المصنف رحمه الله تعــالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النــوع أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ، والله أعلم •

وقول المصنف : ولا يجــوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخــر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن ســعد خالف فيه ، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يســود ، وهو خلاف الحديث الصحيح •

(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصــلاح فى جنس فى بستان ، وله بســتان آخــر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح ، فباعهما صفقة واحــدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح ، وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخــر ، وادعى القاضى أبو الطيب أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم المــاوردى وجميع العراقيين ، ومال

الامام الى خلاف ما قالوه ؛ سيما اذا لم يتباعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالى فى المسألة وجهين أخذا من تفقه الامام ؛ وتبعه الرافعى ؛ وظاهر نص الشافعى يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال فى الأم : والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف ؛ فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من ابانها ، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شىء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا اذا كان فى حظار واحدة وبقعة واحدة فى غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذى هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذى الى جنبه .

هذا كلام الشافعى رضى الله عنه ، وهو صريح بعدم التبعية اذا اختلف البستان والملك وظاهر فى عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره . ففى كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم فى حائطه الآخر ، والله أعلم .

فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع فى الذى لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه . وفى الذى بدا صلاحه قولا تفريق الصفقة ، قاله الماوردى فأما اذا أفرد البستان الذى لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح فى الذى الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعى رحمه الله يقتضى جريان خلاف فيه . ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان .

(الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقى ، كما اذا بدا الصلاح فى نوع فباع من ذلك النوع فى ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع ؛ ففيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثانى) وهو الصحيح

عند القاضى أبى الطيب وابن أبى عصرون والرافعى أنه لا يصح ، ورتب القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فههنا أولى ، والا ففيه وجهان •

(فــرع) قال : بعتك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، فالظاهر أن الحكم كذلك نظـرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتى فيه وجه بالجزم بالصحة ، كمـا هو وجه أيضـا فيما اذا قال : بعتك هذا بدرهم ، وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظـرا الى الجمع فى القبول •

(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحـاد الجنس والنوع والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصـلاح فى ملكه لأجل اتحـاد البستان ، فان طباعه واحـدة ، وقد بدا الصلاح فى ذلك النوع فى الجملة ، أو لا يجوز نظـرا اليه فى نفســه ، فيه وجهان ، وقد علمت فى الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل افـراد ما لم يبد صلاحه بالمبيع ، والمـالك الواحد ، فههنا أولى بعدم الصـحة قال الرافعى رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحـاد البستان واختلاف الملك أن يكونا فى التأبير كذلك ، وان لم يجـر لهما ذكر ؛ والظاهر أنه لا يعتبر فى الموضعين اتحاد الملك •

(الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقى ، فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فى ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعـدد البستان فعند تعـدد البستان والنوع أولى •

(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة ، فيفـرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين ؛ اعتمـادا على بدو الصلاح فى النوع الآخـر ، من البستان الآخـر الذى لم يبلغه فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو فى غاية البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية ، هـذا لا قائل به ،

وكأنه أوجب للرافعى ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ، والله أعلم •

(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد البواقى ؛ وقد تقدم ذكرها فى آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع صور ، وقبلها صورتان واذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعا •

(واعلم) أن الصور الممكنة من الاختلاف فى ذلك ست عشرة هذه التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهى العاشرة (الأولى) أن يتحد الجميع (الثانية) أن يختلف الجنس (الثالثة) أن يختلف النوع (الرابعة) أن يختلف البستان (الخامسة) أن تختلف الصفقة (السادسة) أن يختلف الملك (السابعة) أن يختلف النوع والبستان ، وهذه السبع تقدمت •

(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر عنده ، وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ، فههنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه حكم المؤبر ؛ وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط ؛ وقد تقدم فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك •

(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما اذا باع عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ، ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على ان الصفقة واحدة أو لا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا •

(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم •

(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله فى ذلك النوع من بستان آخــر ، وقد بدا الصلاح فى أحدهما دون الآخــر ، وفرعنا على صحة مثل هــذا البيع ، فلم أر فى ذلك نقلا .

(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمــادا على بدو الصلاح فى ملك غيره من ذلك النوع فى ذلك البستان ، ولم أر فيه نقلا .

(الثالثة عشرة) أن يتحــد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفــرد نوعا اعتمــادا على بدو الصلاح فى نوع آخــر من بستان غيره فان صح ما تقــدم عن الرافعى فى افراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتى فى هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع .

(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخــر من ملك غيره فى ذلك البستان ولا يبعد مجىء خلاف فيه والصحيح المنع .

(الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة .

(السادسة عشرة) أن يتحــد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقــدم ، والله أعلم . والمذهب فى جميع هذه الصـــور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع ، فيصح بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفى التصحيح خلاف كما تقدم ، وبقية الصور كلها لابد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزما أو على المذهب ، والله أعلم .

(فائدة) النظر فى هذه المســائل كلها هل هو لســوء المشاركة ؟ أو لعسر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضى الأول ، ولا فرق فى جميـــع ما ذكرناه بين الثمار والزروع وان كان كثير من الأصحاب اذا تكلموا انما يذكرون البستان والثمار ؛ فليس الا على جهة ذكر بعض أفـــراد المسـألة ، وممن صرح بذلك صاحب التتمة ، قال : انه اذا اشـــتد بعض السنابل كان كالثمــار اذا بدا الصلاح فى بعضها ، لكنه فرض ذلك فيما اذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط ؛ فانه لو تسنبل بعض الحب واشتد ؛ وبعضه الى الآن

بقل ، فقياس المذهب أن يبيـــع : ويحتمل أن يقال : يجرى فيه الخلاف فيما اذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع •

ولو باع البطيخ على أصوله بعـــد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمـــار ، حتى لو أدرك بطيخة واحـــدة من جملة الأرض التى زرع فيها البطيخ وباع الجميـــع جاز ، ويدخل فى العقد كل ما هو موجـــود من ثمرة ، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار : قاله صاحب التتمة •

ولا يجـــوز بيع الجزر والفجـــل والسلـــق فى الأرض لاستتاره وجهالته ؛ ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع ، وذلك عيب فيه ، قاله فى التتمة وغيرها ، وقد تقـــدم ويصح بيع القبيط(١) فى الأرض بشرط القطـــع ، ان لم يكن بلغ الحـــد الذى يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجـــوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان ، لأن ما هو المقصـــود منه ظاهر ، وانما المستتر بالأرض عروقه وهى غير مقصـــودة ، قاله فى التتمة • والسلجم ان كان المعظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان فى الأرض فكالفجل والسلق ؛ قاله فى التتمة أيضا •

(فـــرع) اذا باع شيئا من ثمـــرة البطيخ والقثاء والخيـــار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصـــل ــ نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها ــ لم يجز الا بشرط القطع ؛ وان كان بعد بدو الصلاح فى بعض الجنس جاز بيع جميـــع ذلك الجنس فى ذلك القداح من غير شرط القطع ، لأنه فى معنى ثمرة الشـــجرة فكان حكمه فى ذلك حكمها ، قاله فى الاستقصاء •

(فـــرع) ولا يجـــوز فى شىء من ذلك أن يبيـــع ما ظهر من الثمرة . أو الورد وما يظهر بعد ذلك فى سنته . وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : يجوز •

---

(١) كذا فى هـــذا الفصل مكررا وأخاله القنبيط وهو لفظ نبطى معـــرب ويسميه العامة الكرنبيت • (المطيعى)

(فــرع) لا خلاف أنه لابد من وجــود الصلاح فى شىء :
وقول الغزالى : اتفقــوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على ذلك ، وكذلك المراد فى اقامة وقت التأبير مقام التأبير ، ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصــلاح بعد حضور وقته • ولا قائل به ، وانما أطلق الغزالى هذه العبارة • لأن العادة أن الوقت اذا حضر فلابد أن يوجد فى بعض ، والله أعلم •

(فــرع) اذا كان بستانان فيهمــا زرع واحد فبدا الصــلاح فى أحدهما قال العبدرى : فانه لا يكون صلاحا فى الآخــر • ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخــر • لا يختلف المذهب فيه • هذا قول العبدرى فى الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله فى النخل • فان كان عنده أن النخــل أيضا لا يختلف فيه فهو المشــهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم ، وان كان هذا فى الزرع بخصوصه فيحتــاج الى فرق ، والله أعلم •

(فــرع) وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير • ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفســه • ومعنى ذلك أنه اذا اتحــد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير فى الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك فى بدو الصلاح ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ابتــاع زرعا أو ثمــرة بعــد بدو الصــلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصــاد والجــذاذ ، لأن العــادة فيها تركها الى الحصــاد والجــذاذ ، فلم يكلف نقله قبله ، كمــا نقــول فيمن اشــترى متاعا بالليــل : انه لا يكلف نقــله الا بالنهــار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى الســقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليــه تسـليمها فى حال الجــذاذ والحصــاد ، وذلك لا يحصــل الا بالســقى فلزمه) •

(الشرح) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد فى الزروع . والجذاذ فى الثمــرة والمخالف فى هــذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه : لأنه يقول : بيع الثمــرة مطلقا ينزل

على القطع ، ويجب قطعها فى الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبينا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا فى النهار ، وأما السقى فجمهور جماعات الأصحاب أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات •

وقال القاضى حسين : فيه وجهان (أحدهما) على المشترى لأن الثمرة له (والثانى) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا :) يتلف من ضمان المشترى فالسقى عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقى عليه •

(**قلت :**) وكذلك الشاشى فى الحلية حكى الوجهين فى وجوب السقى على البائع وجعل أصلهما القولين فى وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشترى والمذهب أن السقى على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للقديم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم فى وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشترى ، قالوا : اذ لا يجب السقى عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع . وطريقة وهى الأظهر عند الرافعى أنها على القولين : فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الابقاء ، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقى ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقى فى مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد . لأنه من تتمة التسليم : وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع فى مدة طلبه بالتسليم القيام به ؛ ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه فى مسألة وضع الجوائح •

(فــرع) الى متى ينتهى الزمــان الذى يجب فيــه الســقى ؟ يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه فى مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) أنه الى أوان الجــذاذ (والثانى) يتأخر بعــد ذلك زمانا لا ينسب المشترى فيه الى توان بترك الثمــار على الأشجار (والثالث) بنفس الجذاذ ؛ وهــذا لم يصرحوا به فى السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك •

(فــرع) لو شرط الســقى على المشترى بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلله بعضهم بأن الســقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضــا من قبل أنه بيــع واجارة فى أولى قوليه (قلت :) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجــذاذ على المشترى على الأصح (قلت :) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجــذاذ أو بنفس الجــذاذ ؟ (ان قلنا) بالأول فعلى المشترى (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع ؟ لأنها لا تصير مسلمة الا به •

(فــرع) قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمــرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشــجار ضرر فى التبقية ولا للثمــار نفع فى التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشترى بقطعها ؛ فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين ينبنيان على ما اذا أسلم فى شىء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ،وليس فى قبضة مزية ؛ فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

(فان قلنا :) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشترى على قطع الثمرة هنا ؛ والا فيجبر • وهــذا محمول على ما اذا حصلت هــذه الحالة قبل أوان الجذاذ . وعلى ما اذا علم عدم عود المــاء وعدم

الانتفاع بالماء (أما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشترى على القطع ومن هنا أيضا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشترى ، وان ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر ؛ وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

(فرع) قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة فى تبقيتها ؛ هل للبائع تبقيتها ؟ .

(فرع) باع الجمد فى المجمد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة . قال القاضى حسين : (والصحيح) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال الخوارزمى : (الأصح) عندى أنه لا يجب تفريغها فى الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضى : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه فى موضع البيع . ولا يلزمه حمله الى بيته . وان كانت العادة قد تقتضى بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان (أحدهما) ينفسخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشترى قبوله ، واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثانى) لا ينفسخ ، لأن المبيع باق ، وانما انضاف اليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن ، أو شجرة فكبرت . فان قلنا : لا ينفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد . وان لم تسمح فسخ العقد) .

(**الشرح**) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار . وألحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب (المرتبة الأولى) وعليها اقتصرت فى هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمـرة مبيعة فتختلط بغيرها . وذلك اما فيمـا يحمـل حملين ؛ واما فيما يحمل حملا واحـدا وكان قد اشترى ما ظهر منهـا • أما بعـد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطـع ــ ولم يتفق القطع ــ ثم حدثت ثمرة أخـرى فان الثمـرة الحادثة لصاحب الأصل ؛ فاذا كان ذلك قبل أن يلقط المشـترى ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة • فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما • فان للمشـترى المتقدمة وللبائع الحادثة • نص عليه الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين •

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخـرى • وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه ذلك ، ففيه قولان • اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) ينفسـخ البيع ، لمـا ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه ، وأما التسليم فى ضمن الجميـع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح به لا يجبر المشـترى على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه ، وعين أخـرى • واذا ثبت أن المشترى لا يجبر المبتاع على القبض نقول : البيـع باطل ، وهذا القول منقـول عن نصه فى الأم والاملاء على مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسـمح بحقى فلا أثر لذلك على هـذا القول (والقول الثانى) نقله الربيع وهو اختيار المزنى : انه لا ينفسـخ ، وقال الغزالى والرافعى فى المحـرر : انه الأظهر • وكذلك الجرجانى ، لمـا ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ، فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشترى •

قال هؤلاء : والتسليم غير متعـذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ، كما لو أسلم فى طعام جيد فأعطى أجود مما ذكروه ، وأردأ منه ، ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم فى العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسـليم على الانفراد ، وقد قال المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول . وكذلك قال القاضى أبو الطيب والشاشى وابن أبى عصرون ، وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث أن العقـد لا ينفسخ ولا خيار ، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعـده . واستبعده الامام ، وحكاه الجـورى عن أبى سلمة والمروزى ؛ وحكى الرويانى طريقة أنه فى مسـألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولا واحدا ، لأن الشـــافعى جعلها دليل أحد القولين فى اختلاط الثمار قال : وهذا أوضح •

(واعلم) أن ما ذكره فى تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم لم يوجـــد ، ومن المعـــلوم أن القبض فى الثمـــار بالتخلية ، لكن وان قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب ، فالتسليم التام انمـــا هو حين الجـــذاذ ، وشبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النعل فيما اذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة النعـــل ليست خالية عن خلاف ، وهـــذه التى نحن فيها أولى بالخلاف من تلك ، فان الزام المشترى بطوق منة البائع فيه بعـــد • وفى هبة المجهول غوائل • فالمســـألة اذن مختلف فيها فان أجبرنا المشترى سقط خياره والا فهو على تخيره •

وقد حكى الرويانى فيما اذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعـــة ، وسلم البائع الكل الى المشترى وجهين فى اجبار المشـــترى على القبول • وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافا فى مســـألة الثمرة • ومع حكايته الوجهين فى الاجبار فى مســـألة الحنطة قال : انه لا خيار للمشترى • وهذا كلام متيح • والصـــواب أنا اذا لم نجبر المشـــترى على القبول فخياره باق ، وانه لا فرق فى ذلك بين الثمـــار والحنطة • وقد صرح الامام فى باب الخراج بالضـــمان بالوجهين فى الاجبار فى هبة الضمان • وقال : ان الأقيس عدم الاجبار على القبول • وحكى الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار المشترى كما فى مسألة النعل •

وقول المصنف فى الثمرة : فلم يأخذ • وفى الحنطة : فلم يقبض • له معنى أنبه عليه عن قرب • وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخـــرى هو باطلاقه شامل لمـــا اذا كانا معلومى القـــدر أو لا • لكن صـــورة المســـألة فيما اذا لم يكونا معلومى القـــدر على ما سيأتى التنبيه عليه فى فـــرع عن المـــاوردى • وقول المصنف رحمه الله تعالى : فان قلنا : لا ينفســـخ• قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقـــد ، وأجبرنا المشترى على القبول • كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما • وقد تقدم عن الامام ما فيه •

(وقوله :) وان لم يسمح البائع فسـخ العقـد • أى يفسخه الحاكم بينهما • كذلك صرح به الأصحاب • منهم المـاوردى والقاضى أبو الطيب • ولا يقال للمشترى ههنا : أنكر تسـليم المبيع والثمن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هـذا القول وفى تعليق القاضى حسين أنه يفصـل الخصومة بينهما بالتداعى • وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب •

(فـرع) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضـها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلحا على شىء كان القول قول من الشىء فى يده فى قـدر ما لصاحبه • قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشترى ترك الطعـام وديعة عنده فاختلط • وأما فى مسألة الثمـرة فالقولان جاريان ، سـواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعـد القبض بالتخلية أم قبله • وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان فى المسألتين قبل القبض • فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولا واحدا ، وغلطه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقـد والثمـرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ؛ بدليل أن عليه السقى ؛ وبدليل أنها لو عطشت كان للمشترى الخيار •

(قلت :) ولهـذا المعنى قال المصنف فى الثمـرة ، فلم يأخذ ، وفى الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت فى الثمـرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخـذها من على الشـجرة ؛ وأما القبض فمتقـدم على ذلك وان اختلطت الثمـار بعد الجـذاذ أو فى الجرين ، أو غيره لم ينفسخ قولا واحدا ، وانما القولان بعـد التخلية ، لأن القبض لم يستقر . ألا ترى أن الثمـرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشترى ردها بالعيب ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره ؛ وهـذا منهم بنـاء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السـقى ، وقد حكى القاضى حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ؛ أو من ضمان المشترى ؛ وهو غريب فى النقـل • ومثله فى الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالى من أن الاختلاط فى الثمـار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح •

(فان قلنا) توضع كما كان قبل القبض ؛ والا فيتفاصلان بالخصومة أو الاصلاح ، فعلى ذلك لا يأتى على الجديد الا أن البيع صحيح قولا واحدا كما ذهب اليه المزنى ؛ وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ؛ فقد تلخص فى اختلاط الثمار أنه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التى قالها الرويانى فى الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاواحدا . وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعا وان كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزنى والامام والغزالى على الجديد أنه كما بعد الجذاذ ؛ فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهى الصحيحة وممن اختارها القاضى حسين من الخراسانيين ؛ وقد أغرب المتولى فحكى فى كتاب الرهن أنه لا فرق فى جريان القولين فى مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جدا ، ويلزمه طرد ذلك فى الثمار بعد الجذاذ .

(فرع) لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليه جزافا ثم اختلطت بحنطة للبائع ؛ قال القاضى حسين : يخرج على القولين .

(فائدة) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبول قول ذى اليد قال الامام : سبيله فى الخصومة أن لا يتعرض للبيع ؛ فانه اذا ادعى بيعا فى الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين فى قدر المبيع .

(فرع) اليد فى الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشترى أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام . قال ابن أبى الدم : ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار فى يد واحد فالقول قوله (وان قلنا :) انها فى يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالى ما يقتضيه هذا الوجه . ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ؛ ولكل منهما تحليف صاحبه ؛ وفى كيفيته وجهان كالوجهين فى عين فى يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذى يسلم اليه (والثانى) على استحقاقه الكل والأول أصح . وهذه المسألة مذكورة فى الدعاوى .

(فــرع) قد تقــدم حكاية الخلاف فى الصحيح فى هذه المسألة : وأن الغزالى والرافعى قالا : ان الأظهر عدم الانفســاخ وفيه نظر ؛ لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التى يغلب تلاحقها أن البيــع لا يصح فان كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب ، فينبغى أن لا يبطل فى صــورة العلم بطريانه ؛ وان كان مانعا من التسليم فينبغى اذا طرأ قبل القبض أن ينفسخ العقد كتلف المبيع •

(فــرع) قد تقــدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقــد كما قال المصنف ؛ وهكذا هو فى مختصر المزنى ، وقال : ان البائع بالخيــار ، والغزالى والرافعى لم يذكرا ذلك ، وانما قالا : انه يثبت للمشــترى الخيار ، قال الرافعى : فان قال البائع : أسمح ففى سقوط خيار المشترى وجهان ، والمفهــوم من اثبات الخيــار للمشترى أنه اذا لم يسمح البائع ، فالمشترى يفسخ ، وقد قدمت عن أبى الطيب وغيره أن الفاســخ هو الحاكم ، وأيضا قياس قول الرافعى : ان ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور الا أن يسقطه البائع بترك حقه ؛ فلو لم يفعــل وأخر المشترى الفسخ سقط حقه ؛ وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب •

(فائدة) قال الامام : ولو آعترفا ــ والاختلاط بعد القبض ــ بالالتباس . ورضيا بأن لا يفسخ العقــد ، رجع الكلام الى الوقف والاصطلاح . فقوله : ورضيا بأن لا يفســخ العقد لا حاجة اليه . لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وان كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك ، وانمــا يأتى هــذا الكلام عند الأصــحاب على أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ ؛ فحينئذ اذا رضيا بأن لا يفسخ العقــد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض •

(فــرع) هكذا الحكم فى بيع الباذنجان فى شجره اذا بلغ نهايته لم يحتج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق . فان كان الكل صغارا لم يجــز الا بشرط القطع . فلو باع فى الحالتين ثم ظهر شىء آخــر واختلط بالمبيع جرى القولان . وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثــاء والخيار ، وكل ما له حمل بعــد حمل ، على ما ذكره المزنى والأصحاب ، فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتى فى الفصل الذى بعد هذا •

(فــرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض : وكان أحدهما معــلوم القدر ؛ وذلك بأحد ثلاثة أوجه (اما) أن يكون كل منهما معلوم الكيل (واما) أن يكون المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع • فاذا كان المبيع معلوم القدر بأحــد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القــدر يمنع من الجهل ؛ وهو أقوى المقصودين : فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجــزاء . فصار عيبا يوجب الخيــار . فوجب أن يكون البيع جائزا ؛ وللمشترى الخيــار ، فان فســخ رجع بالثمن ؛ وان أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين •

وان كان الطعامان متماثلى القيمة تقاسماه كيلا ، وان كان مختلف القيمة بيــع ؛ وكانا شريكين فى ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا ؛ على الحصص دون القيمة فيجوز • ذكر هذا الفــرع بكماله المــاوردى ؛ وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف فى الانفساخ : انما يكون عند الجهــل بالمقدار . ولذلك قيدت كلام المصنف : فانه مطلق ؛ والله أعلم • وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون الا مجهولة المقدار ، والله أعلم •

(فــرع) قد تقــدم أنه اذا كان اختلاط الطعــام بعد القبض لا ينفسـخ العقــد ؛ والعقــد صحيح بحاله ، وكذلك الثمــرة اذا كان بعد الجذاذ ، فان كان قدر الطعــام أو الثمــرة معلوما بأحــد الأوجه التى مضت تقاسماه على ما تقــدم ، وان كان قدر الطعــام مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا ينفســخ العقد ؛ وان تراضيا على شىء واتفقا عليه جاز ، واقتســماه على ذلك • وان اختلفــا فان كانت صبرة المشترى قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع فى قدر ما له مع يمينه ؛ لأن اليد له • وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشترى فالقول قول المشترى فى قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزنى : القول قول البائع • لأن يده قد كانت على الطعامين معا • وكان أعرف بقدرهما من المشترى المستحدث اليد •

قال الماوردى : وهذا خطأ • لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت :) والصواب ما قاله الماوردى وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا • وليس من لازم التصوير الذى أطلقه المزنى أن تكون اليد للبائع • فقد تكون صبرته فى يد غيره ، والله أعلم •

(فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشترى عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعى رضى الله عنه فى الأم •

(فرع) قال القاضى حسين : ان القولين فى الانفساخ فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع فى يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه ينفسخ العقد ولأى معنى ينفسخ ؟ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثانى) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالأول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل • قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض فى لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين • وان وقعت فى واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع • ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) اذا باع عبدا فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا ينفسخ • وقال أبو يعقوب الأبيورى : كل ينفسخ ، قال القاضى : ويمكن تخريجه على المعنيين • وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض •

(قلت :) وفى مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه • فانه ان أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ، ومأيوس منه • وان أريد تسليمه فى الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الرويانى فى البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع • قال : وتفارق الحنطة لأن هناك الاشاعة لم تمنع البيع ، وههنا الاشتباه مانع من العقد • وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

شاته بقطيع لانسان • قال : وهذا لا يصح لأن الشرط فى القبض أن يتسلط به على المقبوض • ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة •

(**قلت :**) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح فى الجملة ، فالحنطة والثمرة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعا بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ؛ لأن الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله فى باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركا ، وأيضا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ؛ لكن المذهب ههنا أنه ينفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة •

وما ذكره الرويانى يوافق وجها فى الفلس أن البائع لا يرجع فى المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظا فى مسألة اختلاط الثمرة والحنطة ، لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشترى ، ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض فى الحنطة وبعد الجذاذ فى الثمرة ؛ وكذلك على القول الذى حكاه الامام عن صاحب التقريب ؛ وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافى ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذى لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردى فيما اذا كان المقدار معلوما ؛ ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور فى غير ذلك من الأبواب ؛ وفى المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى فى باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشترى واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقان ، قال أبو على ابن خيران وأبو على الطبرى لا ينفسخ العقد قولا واحدا ، بل يقال : ان سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وانما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشترى ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لا ينفسخ فى الدار قال المزنى وأكثر أصحابنا : انها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وانما زاد المبيع فى نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزيلا فسمن (الثانى) وهو الصحيح أنه على قولين (أحدهما) لا ينفسخ البيع (والثانى) ينفسخ ويخالف السمن والكبر فى العبد فان تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد](1) مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما) .

(الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التى تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (احداهما) وهى المرتبة الثانية اذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة فى البيع من الثمرة حمل . اذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما فى معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل المشترى واختلطت ولم تتميز وذلك انما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة فى العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شىء مؤبر كان جميع ثمرة

---

(1) فى ش و ق ما بين المعقوفين (العقد) والصواب ما ههنا (ط) .

ذلك العـــام للبائع • اذا عرف ذلك قال الأصـــحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمـــل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشترى لأنه حدث فى ملكه وان لم يتميز فقد نقـــل المزنى عن الشـــافعى قولين كما تقدم فى المرتبة الأولى واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى •

(احداهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى فى الافصـــاح القطع بعدم الانفســـاخ • ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المســـألة لا تعرف للشافعى رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجىء على مذهبه أيضا ، بل البيـــع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهـــذا الكلام من الشيخ أبى حامد فيه ميـــل الى ما قاله ابن خيران وكذلك المـــاوردى قال : ان ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وان كان نقـــل المزنى صحيحا ، قال : والاذعان للحق أولى من نصرة ماسواه •

وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى : انهما قالا : ان الذى فى مختصر المزنى نقله فى الأم فوقع الغلط فى النقـــل من مسألة بيع الثمـــرة الى مسألة بيـــع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس فى المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمـــرا وتجددت ثمار فى يد البائع وتعيبت الثمـــار والمبيع فى يد البائع فلا خيار بعيب الثمـــار ، قال الامام : وهذا القياس الذى لا يسوغ غيره وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمى فى الكافى •

(**الطريقة الثانية :**) وبها قال المزنى وأبو اسحاق المروزى ، ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وان لم نعلم نصـــه عليها فان المزنى ثقة فيمـــا نقله عنه ، وفى المســـألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) أن فيها يقال للمبتـــاع أتسمح ؟ فان سمح والا قيل للبائع أتسمح ؟ فلولا أن المعقـــود عليه هو نفس الشجر لمـــا صـــح أن يقال لكل منهما : أتسمح ؟ (والثانى) أنه قال : تكون الخارجة للبائع ، والحادثة للمشترى ، فدل على أن المعقـــود عليه هو الشـــجر • ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقـــود عليه وان كان هو الشـــجر فان

المقصود منها الثمــرة ، فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصــود من المبيع بغير المبيع ، فهو كما لو اختلط المبيــع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : ان فيها ما لا يحتمل التأويل .

(**قلت :**) المراد أن المســألة غيرقابلة للتأويل ، وأما اسقاط ابن خيران فيجاب عنه بأن المزنى ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا أن تقول ان المزنى أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فانه ينفى الجــزم بخطئها ، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم واطلاعهم بين منكر لمــا نقله المزنى ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمــل التأويل الا بتعسف عظيم ، فانه قال فى آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر فى الســنة مرارا فبيــع وفيه ثمرة فهى للبائع وحدها ، فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشترى الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخــرج منه الشىء بعد الشىء ، حتى لا ينفصــل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو فى شجره فكان للبائع ما لم تقــع عليه صفقة البيع ، وكان للمشترى ما حدث .

فان اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجــوز البيــع فيه الا بأن يسلم البائع للمشترى الثمــرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشترى له هذه الثمــرة ، فيكون قد ترك له حقه .

(والقول الثانى) أنه يفســد البيع من قبل أنه ــ وان وقع صحيحا ــ فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذى وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرفعــة بحمل ذلك على ما اذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصــان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصــان ، فانه كالثمرة غير المؤبرة اذا شرطها البائع لنفســه ، فيشترط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : ان المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيــد ، وقد أحسن المحاملى فاعترف بأن الشــافعى رحمه الله تعالى نص على القولين فى الأم ، ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمـــار المتحدة فى يد البائع ؛ بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع فى الجملة تخلية المبيع للمشترى ؛ فقد حصـــل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفســـه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة فى الأرض ؛ ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة .

وفى البحـــر أن ابن خيران تأول ما نقـــله المزنى على ما اذا ابتـــاع الشجرة وبقيت الثمـــرة للبائع ، ثم اشترى المشترى ثانيا الثمـــرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها . وهنا يختلط المبيـــع بغير المبيع . فهى مسألة القولين . وغلطه فى هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيـــع بغير المبيع الا أن كله للمشترى ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر فى البيع أصلا ، والله أعلم .

(**فائدة**) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخـــر فى سنة واحدة الا التين ، فانه يحمـــل النوروذى ثم يحمل بعده فى الوقت . وقد قال غيره : ان النارنج والأترج والرانج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغنى عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما فى ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة فى النخـــل أنه يحمل حملا واحدا ، فاذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العـــام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثانى كثمرة النخل فى العام القابل .

(**قلت**) والآخـــر كذلك غير أنه لا يطـــرد فى شجر بعينه ؛ ولا نقول فى ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ؛ فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل فى السنة مرتين بدعوة النبى صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فاذا كان أحد الحملين منفصـــلا عن الآخـــر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثانى الأول . وان كانت عبارة الشافعى التى قدمتها تقتضى اعتبار العـــام فينبغى أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : (ان قيل) هلا قلتم : الحمل الثانى تابع للأول ؟ كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود ؟ (فالجواب) ان فى الطلع وجهين .

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه • وليس كذلك الحمل الثانى مع الحمل الأول •

(فــرع) قال المتولى فى هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا والذى صححه ابن أبى عصرون فى هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة •

(فــرع) اذا قلنا : ينفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا :) لا ينفسخ • قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر على قبوله ، وان امتنعا فسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله • قال الماوردى : على ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل لما حدث تأثيرا فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل فى المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط فى غير المبيع لا أثر له ، وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ، فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر ــ فان كانت الشجرة والثمرة فى يد البائع ــ كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشترى منها ، وان كانت فى يد المشترى فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها •

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالفسخ عن نصه فى الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم الانفساخ من قولى طريقة الخلاف . وما قاله الماوردى والمحاملى والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ . وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضى أبى الطيب ، والله أعلم .

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية فى غرض ترك الحق بين البائع والمشترى ، وكلامه فى التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردى يقتضى البداءة بالمشترى ، والأقرب التسوية كما أشار اليه فى المهذب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشترى ، لم يقل ذلك على أنه متحتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة فى التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

(فرع) أورد على الزام المشترى أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

(المسألة الثانية) وهى المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشترى ان اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشترى حتى طالت وعلت ، فقد عطف المزنى هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولا واحدا كما ذكره المصنف حكما وتعليلا ومنهم من قال : هى على قولين كالمسألة الأولى وممن ذهب الى هذا أبو اسحاق المروزى وابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشاشى قال الماوردى وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ؛ وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد فى أطرافه ولا فى

عدده ، والرطبة اذا طالت تفرع لها أغصـــان وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الأولى سواء •

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعـــا ولهذا احتاج الأولون يفسرون ذلك بعـــدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها ـ وان كانت عينا ـ فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاحة ، وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع الأغصان ، ومما يدل على ذلك أنه لو باع الرطبة وطولها ذراع فأجبر فى نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقـــدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل فى يد البائع لم يسقط شىء ، وقال القاضى أبو الطيب : ان الزيادة فى الرطب حدثت فى الأصول التى فى الأرض ، فهى بمنزلة حدوث حمل آخـــر من الثمرة ، وقال المـــاوردى : انها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزا •

(**واعلم**) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على أن الزيادة التى حصلت فى الرطبة للبائع ، وليست للمشترى ، وكذلك قال القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ أبو حامد قبلهمـــا والقاضى حسين ، وذكر المـــاوردى فى حكاية الطريقة الجازمة بالصحة أن الزيادة للمشترى لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففى المســـألة ثلاث طرق ، وقال ابن أبى عصرون : ان الأصح من قولى أحـــد الطريقين الانفساخ كما ذكره فى المســـألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ، أى يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به المـــاوردى ، وقوله على القولين أى القولين فى اختلاط الثمرة المبيعة •

(**واعلم**) أن فى مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمـــار المبيعة ، يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقـــد ، وان لم تســـمح فسخ البيع ؛ كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشترى : ان سمحت بحقك أقر العقـــد وفى مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمـــار الموجـــودة بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقـــد والفرق أن فى المسألتين الأوليين اذا ترك المشـــترى حقه فاز البائع بالعوض والمعوض •

(فــرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان فى الخريف لا يحتــاج الى شرط القطع ؛ والا فبشرط القطع ؛ فان كان عليه نور فهو للمشترى . والا فهو للبائع كما فى سائر الثمــار ، ولا يدخــل فى مطلق العقــد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخــر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا ، وهــكذا فى البطيخ والقثاء وما فى معناها . قاله القاضى حسين ؛ وقال الرويانى فى هــذا الفرع : ان باع الأصــل مع الثمــرة لابد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقــدم فى كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمى : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعــد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشترى .

ومقتضى كلام القاضى حسين الذى حكيته أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصــح الا بشرط القطــع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالى ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعنى من الامام ، والمنقول الأول ، يعنى كلاما عن البندنيجى وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا .

(فائدة) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية ؛ فان فى هذه المرتبة اختلط المبيــع بغيره ، فهى أشبه بالمســألة الأولى (قلت) المرتبتان الأوليان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيــع بغيره فى المرتبة الأولى واما اختلاط المقصــود منه بغيره فى المرتبة الثانية ، وفى هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع فى نفســه . ولو كان كما قال هــذا القائل لأجبر البائع على تســليم الرطبة بكمالها . ولم يقــل به أحــد كما أشار اليه المصنف . فالنزاع فى المرتبة الثانية فى المختلط فيها . هل هو كالمختلط فى المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع فى الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لمــا فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع فى كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما فى المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى ؛ وانكار ما فيه ارتكاب ضرب فى المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك .وكذلك قلت فى هذه المرتبة الأخــرى ، ولم أقل

الثالثة . وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كأبى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية •

ولو اشترى وديا(١) فكبر فانه للمشترى قولا واحدا لأنها زيادة غير مميزة • قاله ابن أبى هريرة وغيره • وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرا ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشترى ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفى الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى ، وانه ينبغى أن تكون للمشترى ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبى المعالى أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشترى ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقت فقولان •

(**قلت**) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشترى لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وقياس ذلك أن تكون الشجرة أيضا كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره ، فيجرى القولان كما اقتضاه باقى الفتاوى ، والذى قاله فى التعليقة ، وقال ابن أبى هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقا ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع • وتكون أصوله للمشترى •

(**فائدة**) هذه المسألة تنبهك على أن المشترى اذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذه ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئا من الباطن •

(**فرع**) الزروع التى تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

---

(١) الودى كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) •

والحكم على ما ذكرنا • يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال : حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة (فأما) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشترى بالاتفاق •

(وأما) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، ففيه نظر لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه وجعلها للمشترى أقرب (وأما) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته فى النسخة ، والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام ، وعلى هذا يصح ؛ فانه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ، فكل ما حدث منه كان للمشترى ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم • وقد صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى ازداد يكون ما حدث للمشترى ، لأنه ملك أصله • وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة •

(فرع) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع • قال صاحب التتمة : أو القلع ، وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون ملكا له ، لأنه فرع أصل مملوك • وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله • وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشترى الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع • وهذا الذى قاله المتولى ينبه على أنه لا يفيد اشتراط القطع • بل لابد من اشتراط القلع • وينبغى أن يكون ذلك مجزوما به • لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم •

ولو باع أصول النبات مطلقا • قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة • لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبع له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعا له • وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود ، وانما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعا •

(فرع) قال الشافعي رضى الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبائع بالخيار فى ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة • من أن الزيادة فى الزرع الذى لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد فى أول خروجه بشرط القطع فى ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففى انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشترى • وفى القت والكراث انما ينفسخ لأن ما يحدث من أصله الذى لم يبع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

(فرع) فى زيادات أبى عاصم العبادى : اذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع فى قول ، لأنه اختلط المبيع بغيره •

(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى فى خرابزه ذكره ابن خيران فى اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح ، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبيع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصح . ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شىء آخر ، أن البيع يصح فى أحد القولين . والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فاذا ترك اختلط به غيره ، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة . فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم) .

(**الشرح**) ضبط فى الاستقصاء حملين ــ بفتح الحاء ــ قال فى الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان فى بطن أو على رأس شجرة . وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، يقال : ان ذلك فى التين واللوز والرانج والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام فى اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالبا ، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشترى ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط . أما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص فى الأم ، نص عليه فى باب ثمر الحائط يباع أصله .

قال الربيع هناك : وللشافعى فى مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التى اختلطت بثمرة المشترى صح ، قال المحاملى : وهذا ليس بمنصوص ، وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجذه المشترى حتى حدثت أعيان أخر ، فان الشافعى نص فى تلك المسألة على قولين ، فخرج الربيع قولا آخر فى هذه المسألة بناء على تلك ، قال المحاملى : وغلط فى هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولا واحدا ، والفرق أن الرطبة انما تباع على شرط القطع ، فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه ، وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث . فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة . والعقد يقتضى تبقيتها الى وقت الجذاذ . فاذا علم اختلاطها فى تلك الحالة ، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم . انتهى . وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد . ورد ما قاله الربيع .

قالوا : وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمـرة بشرط القطع ؛ فلا يبطل البيـع • وقد نقل الامام قول الربيـع المذكور فى الكتاب عن العراقيين • قال : وذكر العراقيون قولا بعيدا أن البيـع موقوف ، فان سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقـد ، وان لم يسمح تبينا أن العقد غير منعقد فى أصله • وهـذا قول مزيف لا أصل له ؛ وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقا ، فان طردوا هـذا فهو على فسـاد مطرد • وما أراهم يقولون ذلك • وأراد الامام بالقول الذى نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع • لكن ليس فى كلامهم الذى رأيته أن ذلك من باب وقف العقـود ، بل صرح المحاملى فى حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقك ، فان سمح والا فسخ العقـد ، ولكن عبارة الربيع فى الأم التى حكيت بعضها فى صدر كلامى محتملة لمـا قاله الامام ؛ والأولى أن يترك على ما قاله المحاملى وحينئذ لا يكون من وقف العقود ؛ ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده •

وأما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمـرة يمكن تسـليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الآبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملى والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطـع يمكن تسليمها ؛ وههنا الابقاء بعـد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميـع لا يكفى لأن شرط العقـد القدرة على التسليم الذى لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسـليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالى اذ قالا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفسـاخ أن يقولا بالصحة ههنا ، فان التسـليم ممكن بالتخلية ، وللبائع اجبار المشترى عليها اذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هـذا الرأى ، كما يكون ذلك فى المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسـليم لا يمكن فى حال الا مع الاختلاط لم يصـح ذلك ، وذلك فى جملة البئر اذا أفردت بالبيع وقلنا : المـاء يملك ، وأورد صاحب الوافى أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمـرة المبيعة اذا تركها ، فينبغى أن يجب القطع للعذر المفضى الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع •

(قلت) وايجاب القطع بدون شرطه بعيد ؛ لأن المشترى لم يلتزمه ؛ ولا هو مقتضى العقد ، والله أعلم •

وحقيقة الخلاف فى هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه اذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة نهيه صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى تزهى » وأورد ابن الرفعة على الامام أيضا فى الزامهم العراقيين طرده ذلك فى العبد الآبق ، أنه أبدى فى كتاب اللقيط احتمالا فى جواز بيع العبد الآبق ؛ المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عتقه عن الكفارة ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا اذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندى نفوذ البيع ، وان كان يلتفت على الوقت ولكن اذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه ، وكان فى المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه •

(فرع) اذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعى وغيره أن البيع باطل الا بشرط القطع ، وقال : انه يجىء فيه الخلاف ، يعنى خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم ؟ وينبغى على طريقة ابن خيران فى المسألة المتقدمة بالصحة الحكم ؛ وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين فالمشهور البطلان الا بشرط القطع ، والله أعلم •

واذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التى لم تؤبر فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح • واذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، واذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب • ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز الا بشرط القطع •

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليهـــا ثمـــرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ، ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطـــع فكذلك هنا ، وظهر لك بجميع هذه المســـائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيمـــا اذا بقيت الثمـــرة للبائع قبل التأبير بالشرط ، أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد ، محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمـــار غالبا ، اما لو كان غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما إذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمـــرة هناك مبيعه ، فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع ، فانها ليست بمبيعة ، لأنا نقول : ان هـــذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشـــجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك •

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناها البائع ، اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه ، فحـــدث طلع آخر ، فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمـــرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخـــر ؟ فيجرى فيه الوجهان فى أن الطلع يكون للبائع ؟ أو للمشترى ؟ أو نقول هنا : ان الطلع الحادث للمشترى قولا واحدا ؟ لأن الثمـــرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر فى ذلك نقلا (فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعـــا للثمـــرة فلا كلام (وان قلنا) للمشترى وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط ، فيصير كما لو باع شـــجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس المذهب فيها البطلان •

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط القطع لأنه كالزرع • ثم ان لم يتفق القطـــع حتى خرج شىء آخـــر فالخارج والموجود كله للمشترى وهذا هو الوجه فى تحصيل كل الثمـــرة الموجودة وغيرها للمشترى •

وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة • ولا يملك صاحب الأرض مطالبته بالقطع ، قاله الرويانى وغيره •

* * *

باب بيـــع المصراة والرد بالعيب(*)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اشـــترى ناقة أو شــاة أو بقــرة مصراة ولم يعــلم بأنها مصراة ، ثم علم أنها مصراة ، فهو بالخيــار بين أن يمســك وبين أن يرد ، لمــا روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الابل والغنم للبيع ، فمن أبتاعهــا بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان رضيها أمســكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتــاع محفلة فهــو بالخيــار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معهــا مثل — أو مثلى — لبنها قمحا ») •

(الشرح) حديث أبى هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك فى الموطأ والشافعى رضى الله عنه والبخارى ومسلم فى صحيحيهما وأبو داود والترمذى والنســائى وابن ماجه ، وليس فى شىء من ألفاظهم ولا فى غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذى أورده المصنف هكذا ، وهــذا الحديث رواه عن أبى هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمــن الأعرج المشهور بصحته ، ولفظه « لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها ، وأن سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخارى ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » • وكذلك رواه الشــافعى وفيها زيادة : « لا تصرواالابل والغنم للبيــع » كذلك رواه المزنى عنه • وقيل : ان المزنى انفرد بهذه الزيادة عن الشافعى رحمه الله تعالى •

وأما الربيع فانه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة • ومن الرواة له عن أبى هريرة رضى الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيــار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها صاعا من التمرلا سمراء » وفى رواية من طريقه « من اشترى

(*) هذا الباب هو أول الجزء الثانى عشر من ش و ق وهو آخــر ما كتبه الامام السبكى محاولا تكملة المجموع •

مصراة فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر لا سمراء »[1] رواهما مسلم وأبو داود ٠

وروى الترمذي والنسائي وابن ماجه بعض ذلك ٠ وروى أبو صالح عن أبى هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من طعام ٠ وهو بالخيار ثلاثا ٠ وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من تمر ٠ ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر ٠ اه كلام البخارى ورواه عن أبى هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها ، فان رضى حلابها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ٠ ورواه عن أبى هريرة أبو صالح ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ٠

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبى هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم ٠ قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش ٠ ورواه عن أبى هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها ، فان رضيها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وأبو داود ٠ وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن ٠

ورواه عن أبى هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة فكرهها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود ٠ وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها واناء من طعام » رواه البيهقى عن أبى عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

---

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا بر ٠

(المطيعى)

مرفوعة الى النبى صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبى هريرة ليس فى شىء منها اللفظ الذى ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعـرج جمعت بين النهى عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث •

وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيهـا ذكر الثلاث ، وهى مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسـا حديثا واحـدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة الى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضـا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث (فالأول) يقتضى اثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثانى) يقتضى اثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما فى الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به فى شىء من الروايتين ، وهو أن يكون الخيار بعد الحلب ثلاثا • فالثلاث اما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حلبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحـد من الأمرين لم يدل عليه شىء من الروايات صريحا ، وأما الثانى فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا • وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سـواء ، العبدرى فى الكفاية والرافعى فى التهذيب وقالا : رواه البخارى ومسـلم وينبغى أن يكون مرادهما أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، وممن ذكره كذلك أيضـا الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزنى ، والمصنف تبـع الشيخ أبا حامد فى ذلك ، والموجود فى مختصر المزنى ليس فيه هـذه اللفظة ، ولم يذكرها القاضى أبو الطيب فى تعليقه أيضا ، وانما ذكر على الصواب ، وذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحلبها ، وهو مصـدر بالنهى كما ذكره المصنف وهو فى الغرابة كاللفظ الذى أورده المصنف ، وذكره أيضـا جماعة من الأصحاب منهم الغزالى كما ذكره المصنف •

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ، أجمع أهل العـلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة ، رواه عنه الأعـرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السـمان وهمام ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد ابن زياد ورواياته فى جامع الترمذى بقريب من الألفـاظ المتقـدمة وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو اسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم ، ورواه عن هؤلاء وعمن بعـدهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث •

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكره المصنف قال الخطابى : وليس اسناده بذاك ، قال الحافظ المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع هو الذى رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبى حاتم : سألت أبى عنه فقال : من عتق الشيعة ومحله الصدق صادق الحديث كوفى تابعى •

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بصدقة ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب •

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسل المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحفتها(١) ، فانما لها ما كتب لها ولاتبيعوا المصراة من الابل والغنم ، فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومحلوب » وليث المذكور فى سنده هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث • وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ؛ وهو عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) الصحفة اناء كالقصعة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال الزمخشرى قصعة مستطيلة •

(المطيعى)

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا •

قال الشافعي رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب • وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة • قال الدارقطني عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبيد الله عن سالم عن ابن عمر في المصراة • وروى البيهقي رحمه الله في السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى التابعي الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقي : يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة في هذا الباب •

وروى البيهقي رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضيها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك • وروى أبو بكر الاسماعيلي رضي الله عنه في كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخاري رحمه الله من حديث سليمان التيمي عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبي خلف العمي لكنه اختلف في وقفه ورفعه ، فرواه البخاري في الصحيح موقوفاً من قول ابن مسعود رضي الله عنه ، وكذلك رواه الشافعي في الأم في أحكام علي وابن مسعود رواه عن هشام • هكذا رأيته في الأم •

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام : وقال الاسماعيلي ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبي عدي ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود • ورواه البرقانى موقوفا على شرط البخارى • وزاد « من تمر ماله » والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط فى مثل هذا الموضع للوقف وتقديمه على رواية الرفع •

أما على طريقة الفقهاء فينبغى الحكم للرفع ، وان أبا خالد وهو سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيخان ، ومن رفع معه زيادة على من وقف ، والمخالف فى هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك •

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة وابن عمر وعمرو بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود رضى الله عنهم (وأصحها) رواية أبى هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من الصحابة سندها جيد • ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة فى رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بهما وترجيح الحكم بالمرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف فى مثل هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة •

نعم ذكر الماوردى أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن التيمى ولم أقف عليه فى كلام الشافعى ، فان صح ذلك وكان الرفع فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلى عن يحيى بن سعيد أنه ممن رواه موقوفا ، فان صح ما ذكره الماوردى فيكون عنه روايتان ، والله أعلم •

(أما اللغة) فقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح لام الابل على مثال تركوا •

قال القاضى عياض : كذا صحيح الرواية من صرى اذا جمع مثقل ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة[1] من أهل اللغة والفقه وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسم فاعله ،

---

(١) سبق أن نبه الامام النووى على خطأ تعريف كافة فى المجموع وفى تهذيب الأسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقه كافة (ط) •

وبعضهم يقول يصروا ـ بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل ـ وخطأ القاضى هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر • وقال فيه المصرورة ، وهو تفسير الشافعى لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة • قال : وهذا لا يجوز عندهم • ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثانى ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقى تلميذ المصنف بالوجه الثانى وابن معن شارح المهذب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقى أقل عذرا لأن الواو ثابتة فى جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المهذب •

قال الخطابى : اختلف أهل العلم واللغة فى المصراة ومن أين أخذت واشتقت ؟ (فقال) الشافعى رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد فى ثمنها ، فاذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها •

قال أبو عبيد : المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التى قد صرى اللبن فى ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصراة لأنها مياه اجتمعت • قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة • قال الخطابى : كأنه يريد به الرد على الشافعى قال الخطابى : قول أبى عبيد حسن • وقول الشافعى صحيح • والعرب تصر ضروع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارا فاذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت ، واستدل لصحة قول الشافعى بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وانما يحسن الحلب والصر » ويقول متمم بن نويرة :

فقلت لقومى(١) هذه صدقاتكم   مصررة أخلافها لم تجدد

---

(١) ومنها :

وقلت خذوا اموالكم غير خائف   ولا ناظر فيما يجىء من الغد

فان قام بالأمر المخوف قائم   منعنا وقلنا : الدين دين محمد

من كتابنا « خالد بن الوليد قيادة ودعوة » •

قال : ويحتمل أن أصل المصراة مصررة ، أبدلت احدى الراءين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصراة من صر أخلافها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى ، وهو الجمع ، يقـال : صريت المـاء فى الحوض اذا جمعته ، ويقال كذلك : المـاء صرى ، وقال عبيد :

يا رب مـاء صرى وردتـه سـبيله خائف جـدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصراة فى الأصـل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت احداها ياء كما قالوا : « تظننت من الظن » وكما قال العجاج :

* يمضى الباز اذ البازى كسر *

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهـذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقـدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصـح ذلك مع ابدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وانمـا مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمـع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معـا ، فيحتمـل أن تكون التسـمية بذلك لأجل الجمـع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عنـد العرب على ما تقـدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

واذا كان كذلك فليس فى كلام الشـافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبيين ما كانت العرب تفعـله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لمـا اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشـافعى انما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستانى : الشـافعى أعلم باللغـة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

وروينا عن عبد الملك بن هشـــام قال : قول الشافعي حجة في اللغة ، قال الربيع : وكان ابن هشــــام بمصر كالأصمعي بالعراق ، وقال أبو عبيد : الشـــافعي ممن يؤخذ عنه اللغة ـــ أو من أهل اللغة ـــ الشـــك من ابن أبي حاتم .

وقال المــازني : الشافعي عندنا حجة في النحــو ، وقال أبو الوليد ابن الجارود : ان للشافعي لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب ، وقال ثعلب : ان الشـــافعي رحمه الله من بيت اللغة يجب أن يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن ســـويد : خذوا عن الشافعي اللغة ، وقال ثعلب أيضـــا : انما يؤخذ الشـــافعي باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت هـــذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشـــافعي عند أئمة اللغـــة وقد وقع في كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشـــاة ، وأخلاف جمع خلف ـــ بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام ـــ قال ابن قتيبة : الخلف لكل ذات خف ، والطي للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء ، والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف . والخف لذوات الظلف ، والثدي للمرأة .

(قلت) فاطلاق الشـــافعي أخلاف الناقة والشـــاة ، اما أن يكون على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشـــاة ، والله أعلم ، وفي التصرية لغة التصوية بدل الراء واو ، قال الهروي : التصـــوية والتصرية واحد . وهو أن تصرى الشـــاة أي تحفل ، قال يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبي الحجاج المقدسي فيما علقه من كتاب التنبيه على تصحيف أبي عبيد الهروي في كتاب الغريبين تخريج ابن ناصر : قال الحافظ : هكذا رأيته في عدة نســـخ : يصر الشاة بغير ياء ، والصـــواب أن يصرى باثبات الياء بعد الراء من حديث الناقة .

(فأما) قوله : أن يصر فمعناه أن يشـــد ، وذلك يجـــوز . ولم ينه عنه النبي صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره في الغريبين الا بالراء والياء كما نقلته . فلعـــل النســـخ التي وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ، ولو كان الأمر على ما وقع له من النســـخ لكان ذلك قريبا من المعنى المنسوب للشافعي . وقد تقدم الكلام فيه .

وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيــع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزنى المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام اذا قصــد به ذلك ، وجائز اذا لم يقصــد به ، ولم يترتب عليــه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون فى حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا فى الصر المجــرد لفهم المعنى ، والله أعلم •

واللقحة ــ بكسر اللام وفتحها ــ والكسر أفصح ، وجمعها لقــح مثل قربة وقرب وهى الناقة القريبة العهــد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هى التى حفل اللبن فى ضرعها وهى المصراة (وقوله) بخير النظرين هو امساك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعــله (والحلاب) هو الاناء يملؤه قدر حلبة ناقة ، ويقال له المحلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذى يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لــما يحترف •

وقال أبو عبيدة : انمــا يقال فى اللبن الاحلابة والمشهور عند العلمــاء أن المراد بالحلاب فى الحديث وكذلك الحلبة فى بعض روايات الحديث اللبن نفســه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هــذا من المجاز الذى لم يدل نص على ارادته ، وسيقع الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى فى الفصل الثانى عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام فى بعض روايات الحديث •

وان كان مطلقا فالمراد به التمــر ، واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثانى) لأن معظم روايات الأحاديث انما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمــل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هــذا ما فى حديث الكتاب وطرقه من اللغــة ، وتبويب المصنف المقصــود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشــأ فيه من تغرير فعلى كالتصرية ، أو نص عرفى كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه اذا خرج بخلافه •

وقد ضمن المصنف هـذا الباب هذه الأقسـام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتي في كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعـده خيار الخلف الذي يثبت بفوات الالتزام الشرطي وجعـل مؤخرا عن الرد بالعيب (اما) لأنه ورد فيه حديث أيضـا أعني الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضـاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضي أن يقـدم الالتزام الشرطي عليهما . لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقرينة الحال ولذلك قال الغزالي : ان الالتزام الشرطي هو الأصـل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص في فرع ليس فيه الا أصل واحـد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصـل ، ويصـح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصـل وان كان منصوصا ، وهذا المعنى ذكره القاضي حسين في نص الشافعي على فرع يكون بهذه الصفة .

(وأما) اقتصار المصنف في الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنـه فوات فضيلة فلأجل استوائها في النقص فيه بأحدهما على الآخـر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذي لحظه الغزالي كما تقـدم ، فذكرهما في الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هـذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقـد مطلقا في باب ما يجـوز بيعه وشروطه في الربويات وبيع الثمار أخذ في أسباب الفسـخ واستدراك ما يقـع في البيـع من العيب بالفسخ أو بالأرش ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحـكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذي ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذي أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقـر أغزر وأكثر بيعـا من لبن الابل واما بالنص ، فان في الروايات الصحيحة التي تقدمت « من اشترى مصراة » .

وقال بعض شارحي التنبيه : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذى نقله عن الظاهريين نقله القاضى أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ، فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكيا فى ذلك خلافا ، وهو اللائق بمذهبهم آخذا بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون فى المطلق ، والخبر ههنا عام لصيغة « من » .

لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذى فيه « من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما تقدم ، وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى شاة مصراة » ، وهذه الرواية فيها زيادة ليست فى الأولى ، وزيادة العدل مقبولة ، فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم ، فان الحديث واحد ومخرجه واحد ، ووجه ادراك الصواب فى هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التى ليست فيها الزيادة وهى قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك فى مسلم ، ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك فى ابن ماجه بسند صحيح ، ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك فى الترمذى بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبى هريرة وذلك فى الترمذى بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن أبى هريرة ، وذلك فى النسائى .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب ، وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدنى (ومنها) قرة عن ابن سيرين وفيها « من اشترى شاة مصراة » وهذا اختلاف عن قرة أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا ، واختلف أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ، فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر فى ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبى هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف عنهم فى ذلك الا محمد بن زياد والشعبى فانه لم يختلف منهما فيما

علمنا ، ولم يرد عنهما الا الصيغة العامة ، والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه الا الطريق المثبتة الزيادة وهي قوله « من اشـــترى غنما مصراة » فقد يقال : ان كل واحد من الشعبى ومحمد بن زياد أجـــل من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينه عن أيوب عن ابن سيرين أجل وأحفظ وأتقن ممن خالفه ، فتقدم رواية العموم لذلك •

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال النقص فى رواية المثبت المتقن أولى من احتمـــال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقه ، والذى أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيـــد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبى صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم فى احـــدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحـــكم مقصورا عليه لـــا ذكر فى الابل ، وقد صح فى الابل من حديث الأعرج عن أبى هريرة •

(والبحث الثانى) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبى صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التى فيها التقييد لم لا يخص به عمـــوم الرواية الأخـــرى كما مثله فى قوله « اذا أفضى أحـــدكم بيـــده الى فرجه » مع قوله «من مس فرجه » حيث خصـــوا عموم الثانى بمفهوم الأول ، فلا ينتقض بغير الافضـــاء الذى هو المس بباطن الكف • وذلك ههنا (اما) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » (واما) من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشـــافعى والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس •

(والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الابل صريحا بحديث الأعـــرج عن أبى هريرة ، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله « من اشترى من الغنم » والثانى وحـــده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم ، فلايرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شرط لابد منه على أصح الوجهين عند الجمهور • منهم القاضى أبو الطيب . وفيه قول آخر مشهور فى المذهب أن الخيار يثبت وان كان المشترى عالما بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعى وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور ؟ (فان قلنا) بالأول ثبت مع العلم . والا فلا ، وسيأتى الوجهان فى كونه على الفور أو الى ثلاثة أيام فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعى ومن وافقه أن ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه •

(والمختار) أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى ان شاء الله تعالى تقريره . والجمهور ههنا أن متى علم المشترى بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار ؛ وأن ذلك خيار ثبت لأجل النقص • ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا فى حالة العلم ؛ ويحتاجون الى دليل فى ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه •

وقوله « فهو بالخيار •• الخ » هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل ، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدرى القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس • وممن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعى ومالك والليث وابن أبى ليلى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجى وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث •

(واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لامامهم ، وخالف فى ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر العتبى من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له : نراك تضعف الحديث (فقال) كل شىء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته • قال ابن عبد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه الا ثقة ، ولكنه عندى اختلاف من رأيه •

(قلت) وان صحت هـذه الرواية عن مالك فينبغى أن يؤول قوله « ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فانه صحيح عنده بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ، فالقول بمقتضى الحديث •

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال : نعم ، قال مالك : أو لأحد فى هـذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم : وأنا أخذته ، الا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان اذا أنزل بهم هـذا أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال ابن عبد البر فى التمهيد : ان الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ، وان رواية أشهب منكرة • والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا فى المسألة الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين ان شاء الله تعالى •

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله حالة البيـع فظن المشترى أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على ثبوت الخيار •

واعتمـد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

(أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده •

(وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله •

(وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهبا أو ورقا •

(ورابعها) أنه جعلها مقـدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة والنقصان •

(وخامسها) أن اللبن ان كان موجودا عند العقـد فقد ذهب جزء من المعقـود عليه وذلك يمنع الرد ، وان كان اللبن حادثا بعـد الشراء فقد حدث على ملك المشترى فلا يضمنه وان كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانه •

(وسادسها) اثبات الخيـار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فان الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث •

(وسابعها) يلزم من العمـل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع فى بعض الصـور ، وهو ما اذا كانت قيمة الشـاة صاعا من تمر ، فانها ترجع اليه مع الصاع الذى هو مقدار ثمنها •

(وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا فى بعض الصـور ، وهو ما اذا اشترى شاة بصاع فاذا استرد معها صاعا من تمـر فقد استرجع الصاع الذى هو الثمن ، فيكون قد باع شاة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فانكم تمنعون مثل ذلك •

(وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصـان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية •

(وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسـطا من الثمن والا لجاز افراده بالعقد كالثمن ، واذا لم يأخذ قسطا من الثمن لا يضمن •

(وأما) المقام الثانى وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصـول المعلومة مقطوع بها ، وخبر الواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المعلوم •

(العذر الثانى لكم) أن هـذا الحديث من اخبار أبى هريرة ، وانما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) فى الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون انه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه •

(العذر الثالث) دعوى النسـخ فى هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمـال جائزة •

(العذر الرابع) أن هــذا حديث مضطرب لمـا وقع الاختلاف فى ألفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية .

(العذر الخامس) فى مخالفتهم لظاهر الحديث بتاويله واستعماله ، وحمله على ما اذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فالشرط فاسد ، فان اتفقـا على اسقاطه فى مدة الخيـار مع العقــد ، وان لم يتفقا بطل (وأما) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن فى ذلك الوقت .

والجواب فى ذلك (أما) الأول فبالظن فى المقامين جميعـا (أما) قولهم انه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول،وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر انما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان القياس أن الآكل ناسيا يفطـر ، ولكن ترك القياس بخبر أبى هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبى فزارة فى جواز التوضىء بالنبيذ ، وخبر زاذان فى ابطال طهارة المصـلى بالقهقهة مع أنهما انما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هــذه الطريقة ينازعه فى ذلك ويقول : ان ذلك انمـا هو مخالف لقياس الأصــول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يســلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يســلم أن مخالفة الأصــول أيضا قادحة ، ويقول : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصــول كالدية على العاقلة ، والغرة فى الجنين وغير ذلك ، وليس ابطال أصل لمخالفته أصولا أخــرى بأولى من ابطال تلك الأصــول لمخالفتها ذلك الأصل .

(والصواب) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفســه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصــول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التى ذكروها فى التصرية والقهقهة وغيرها ســواء فى ذلك مع أن خــبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف فى رد الخبر بها هى المستنبطة التى تكون فى نفسها محتملة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والاجماع أو الأصول التى فى معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأفيف(١) فاذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، هكذا قاله الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى . فهذان جوابان اجماليان عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك فى الجواب عن ذلك طريق التفصيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التى ذكروها ، بل فى الأصول ما يشهد له ويعاضده .

(أما) غرم القيمة مع امكان الرد فان رد اللبن فى التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

(والثانى) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث فى الضرع بعده على ملك المشترى ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه .

(وعن الثانى والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر فى الشرع ، من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك فى مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة . ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع فى الشجاج كالموضحة(٢) مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقدين ، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل ، والعدول فى الأمور التى لا تنضبط الى شىء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعا للخصومة والتشاجر .

---

(١) لقوله تعالى : ((فلا تقل لهما أف)) (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأفيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأفيف ما هو أشد منه وأكثر أذى .

(٢) الموضحة التى توضح ما تحتها من العظم .

(المطيعى)

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتمر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالابل ، لأنها غالب أموالهم .

(وعن الخامس) وهو ايجاب الرد مع ما حدث فى يد المشترى من النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث فى اللبن دون الشاة ، وهو انما يرد الشاة دون اللبن (والثانى) أن النقص الحادث الذى لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذى يكون مأكوله فى جوفه اذا كسر .

(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول ، بأن الشىء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ، وخولف فى حكمه ، وههنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هى التى يتبين بها لبن الحلبة المجتمع بأصل الخلقة ، واللبن المجتمع بالتدليس ، فهى مدة يتوقف على العلم عليها غالبا بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المدة فيهما ، وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا فى تقييد خيار المصراة خلافا سيأتى ان شاء الله تعالى .

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له .

(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة أوجه ، (أحدها) أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة ، فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض (الثانى) أن الحديث وارد على العادة والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما اذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته ألفين ، ووجد المشترى بالسلعة عيبا فيردها ، ويسترجع العبد وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن .

(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر فى العقود لا فى الفسوخ ولا فى ضمان المتلفات .

(وعن التاسع) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس ، كما لو باع رحى دائرة بماء قد جمعه لها ، وكما لو سود الشعر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه ينقص الثمن به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : ان هذا التدليس نفسه عيب .

(وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن فى الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التى فى البناء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن .

(وأما) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق فى الجوف بخلاف اللبن فانه مقدور عليه ، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول .

ولئن سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) ان تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخصص المعلوم .

(وأما العذر الثانى) وهو كونه من رواية أبى هريرة ، فلولا ذكره فى الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكنا نستحى من ذكره ، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه فى أحد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحل المعلوم ، ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم أن يحببه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم « امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم . وفضائل أبى هريرة ومناقبه مشهورة ، والمخالفون فى حكم هذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهذا ليس بصحيح ، فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة فى خلافة معاوية . أترى كان يحكم بغير فقه ؟ .

وقد نقلت عنه فتاوى • وقد روى عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر بن راشد عن يحيى ابن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان « أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى المعضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ، فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة تشبهها يعنى أصاب » ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس فى ذلك دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة فى مواضع من جملتها فى النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره فى ذلك وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى : « **وأحل لكم ما وراء ذلكم** »[1] فأيهما أعظم ؟ مخالفته لعموم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع فى عمومها ؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ •

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ، كما هو فى صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه من غير طريق الاسماعيلى المتقدمة . ذكرها الماوردى عن أبى عثمان النهدى عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المبينة أن ذلك غير خارج عن القياس ، وان لم يصح طريق الرفع فى رواية فكونه من كلامه صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ، وطريق فقههم ترجع اليه ، فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون

---

(١) النساء : ٢٤ •

عاضدا لحديث أبي هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

(وأما الاعتذار الثالث) وهو دعــوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

(وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التى وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه ، والألفاظ التى صحت كلها لا تناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهرا .

(وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصـــح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهى عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغوا (الثانى) أنه جعل الرد للمشترى وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاســدا ، قاله المــاوردى وغيره ، وفيه نظـــر ، فانه اذا شرط فى الشـــاة المبيعة أنها تحلب مقدارا فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشترى لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى فى كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضــا موجبا للامضــاء ، والسخط موجبا للفســخ والرد ، ولم يجعــله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صـــاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه المــاوردى رحمه الله ، وأقواها الوجــه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمــد الله تعالى صحة ما ذهبنا اليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم فى دفع ذلك .

(وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعــون ذلك ويثبتونه بما علم فى الأجوبة المتقــدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد فى ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالى فى المــآخذ : والانصــاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيــار : وقد سلم ما وجد حالة العقــد ، ولم يتخلف الا منفعة فى المستقبل ، فالاعتمــاد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالى هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الاشارة اليه • وهذا الذى قاله الغزالى خالف فيه الامام • فانه قال فى النهاية : ان قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس • وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيخ الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام فى هذه المسائل ان شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم • وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبى عبيد القاسم ابن سلام أنه قال فى كتابه المسمى بالحجر والتفليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتججت عليه بحديث أبى هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبى هريرة ، فكان ما هرب اليه أشد عليه مما هرب منه •

قال القاضى أبو الطيب : فان قال ـ يعنى الذى رده ـ انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقى[1] يجيب عنه بقول البحترى :

اذا محاسنى اللاتى أدل بها ... صارت ذنوبى فقل لى كيف أعتذر ؟

وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن اكثار الحديث ، فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ •

(**فرع فى علة هذا الخيار**) وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشترى باخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير اذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضى حسين وقطع الغزالى بخلافه فى الوجهين فيما اذا تحفلت

---

(١) عبد الله بن محمد الخوارزمى أبو محمد الباقى •

بنفسها . وفى الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين الأول ؛ وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ؛ ممن صرحوا أن التصرية عيب ؛ وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فانه قال : « فاذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فان رضى الذى ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالى الثانى . وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه .

(والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فان اللبن يجتمع فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصدغزارة اللبن ليراه المشترى فهو فى معنى الشد بلا خلاف .

قال ابن الرفعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا (قلت) وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتى صراها أجنبى بغير اذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها ، وان لم يصح اطلاق اسم المصراة عليها فهى كهى فى المعنى من جهة الظن الناشىء من رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها .

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ؛ ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا ؛ ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ التدليس ؟ أو ظن المشترى ؟ .

فعلى الأول لا يثبت الخيار . لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ؛ وعلى الثانى يثبت لتحصول الظن (والراجح) من ذلك ثبوت الخيار

نظرا الى المعنى وفوات ما ظنه المشترى ، ولو شد أخلافها شدا لصيانة لبنها عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها .

(قلت :) وهى كالمسألة التى حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن فى تلك الزيادة النسيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان القصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع ، وهو عالم به ، لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيرى ، فنقل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغى أن يكون هذه منصور الوفاق ، وهذا الاعتراض — لو كان الأمر كما نقله — صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان ، فاذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها ، والمسألة التى نقلها القشيرى واحدة والمسألة التى نقلها ابن الرفعة عن القشيرى بحسب النسخة التى وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغى الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما ، لأنهما ليسا فى كلام الأصحاب صريحا فيما علمت ، والله أعلم .

(فرع) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ، والخداع محرم فى الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما فى النجش (قلت) والذى اختاره الرافعى فى النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقى من كلام الشافعى ما يقتضى ذلك ، والله أعلم .

وهذا الذى ذكرت من نفى الخلاف فى تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبى حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت فى كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغى أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس عنى أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذى أشرت اليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم فى الباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : الباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) •

(**الشرح**) الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروروذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الروياني عن نصه فى الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى ايراد الرويانى فى البحر وابن سراقة فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة ، وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال فى كلامه • والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط •

(والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارقى تلميذ المصنف والبغــوى فى التهذيب والرافعى والخوارزمى فى الكافى وابن أبى عصرون فى الانتصار •

وقال الرويانى فى الحلية : انه القياس والاختيار . وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية فى الثلاث ، وانما الخلاف بينهما فى كونهما على الفور أو يمتــد الى آخــرها ، وفى المسألة وجه ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعــدها أيضا وانما له الرد عند انقضــاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه الرويانى والبندنيجى ، وسيأتى فى آخــر المسألة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الأوجه •

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث يشتركان فى اعتبار الثلاث فى التصرية فهى ثابتة بالشرع من غير شرط ويفترقان ، فأبو اســحاق يقول : المقصــود بها الوقوف على عيب التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فاذا حصــلت الحلبة الثالثة عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفــور • وأبو حامد يجعــل الخيار فى الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى الله عليه وسلم : « فهو بالخيــار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ، وهو مخالف لمــا يقوله أبو اســحاق ، وكلا الوجهين مباين لقول ابن أبى هريرة ، فان ابن أبى هريرة يقول : ان الخيــار ثلاثة أيام • انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيــار على الفور ، لأنها عيب من العيــوب ، فبين قول ابن أبى هريرة ، وقول أبى اســحاق اشتراك فى جعــل خيار التصرية خيار عيب ثبت على الفور ، والافتراق فى أن ابن أبى هريرة لا يعتبر الثلاث عنــد عدم الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية بعــد الثلاث ثبت له الخيــار على الفور عند ابن أبى هريرة ولا يثبت عند أبى اسحاق •

وتأويل ابن أبى هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه . وقول أبى حامد وابن أبى هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهمــا اشتراك واحــد فى جعل الخيار فى الثلاثة الأيام فى صورة الشرط ، وتلخيص هــذا أن خيار التصرية عند أبى حامد خيار شرع ، وعند أبى اســحاق

وابن أبى هريرة خيار عيب ، وخيار الثلاث عند أبى حامد بالشرع . وعند ابن أبى هريرة بالشرط ، وعند أبى اسحاق بالعيب .

(وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعى قول أبى حامد . والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيته فيه كما حكاه . وقد قدمت من حكاه أيضا .

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعى رحمه الله فى التصحيح ، فانى رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصحح شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون فى التصحيح ، وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعى تبع فى ذلك البغوى ، وهو معارض بالصيمرى والجورى ، ومعناه الدليل من الحديث ، ونص الشافعى ، واعتذر البغوى عن الحديث بأنه بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة أيام ، ويحمل نقصان اللبن فى اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبى اسحاق .

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور اذا اطلع قبل مضى الثلاث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصليح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات .

(احداها) ما يمكن أن يكون مستندا لأبى اسحاق وابن أبى هريرة .

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب فى كتبهم الفقهية . وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا » فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثلاث ، بل يكون على الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير انما دل على مطلق الخيار حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه ، والأصل اللزوم (والثانى) القياس على ما سواه من العيوب .

لكنا قد بينا أن هـذه الرواية لم تصـح ولا رأيتها فى شىء من الروايات فتعـذر هـذا البحث ، وبتقدير الصـحة فذلك محتمل لاحتمـال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الحلب مطلقـا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التى فيها التصريح باثبات الخيـار ثلاثا ، لكنى سأنبه فى التنبيه الثانى على زيادة فى ذلك ، فليكن المستند فى رد ذلك عدم صحة الحديث •

وأما ابن أبى هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمـل ورود الثلاث فى الحديث على ما اذا شرط الخيـار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهبت اليه الحنفية فى بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وان لم يكن موافقا فيما ذكروه فى رد الصـاع ، وقـوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبى هريرة: أنت من الموافقين على العمـل بالحديث وعدم الالتفـات الى مخالفة القياس ، فليكن معمـولا به فى أن هـذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فان هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور •

بل ان لم يكن فى مسـألة العيب اجمـاع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعـل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التى ورد فيها النص ، وان كان فيها نص أو اجمـاع فهو عام ، وهـذا خاص ، والخاص مقـدم على العـام ، فلا مستند حينئذ لهـذا الوجه ، وهو الذى صححه البغـوى والرافعى ، ولا لقول أبى اسحاق الذى قبله والصـواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى ، وقول ابن أبى هريرة يشـهد له من جهة المذهب شىء ، وهو أن فى كلام الشـافعى ما يقتضى أن خيـار الشرط ثلاثا فى البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة : فلو كان عنـد الشـافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا فى البيوع ، ويحتمـل أن يقـال : ان ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهـذا أقرب الى ظاهر الحـديث ، فانه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم •

(التنبيه الثانى) أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته فى مأخذ أبى اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداؤها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، الا أبا بكر ابن المنذر فانه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وانما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره ان شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم •

(التنبيه الثالث) أن الألفاظ الصحيحة فى الحديث ورد فيها « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » وفى الألفاظ الصحيحة فى رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب • واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام • ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداؤها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعلا متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام •

(والجواب) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط انما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والحلب الغالب أنه يقع فى الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعلمنا بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فانه يأباه اللفظ ، واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث •

(التنبيه الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف فى هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبى حامد ، والثانى قول أبى اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبى اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق فى أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبى حامد بالشرع لا بالعيب . وفرعــوا على ذلك فروعا سأذكرها ان شاء الله تعالى ؛ وكأنهم أخذوا بالتســليم أن خيار العيب لا يكون الا على الفور .

وأنت اذا تأملت ما قدمته فى جواب ابن أبى هريرة فى التنبيه الأول توجه ذلك المنــع لذلك ، فانا نقول لا تنافى بين الأمرين ، وما المــانع من أن يكون الشرع جعــل خيار هــذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟ لأنه غالبا انما يظهــر فيها ، ولا يحتــاج الى أكثر منها ، ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذى لا يعقــل له معنى ، فهــذا أقرب الى المحافظة على اتباع النصوص والمعانى ، وقد قال المــاوردى فى الاقناع : ان التصرية عيب يرد بها المشــترى الى مدة ثلاثة أيام ، وظاهر هــذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيــار ثلاثا ، لكنه ليس نصــا فيما أقوله ، فانه يحتمــل أن يرتدا به أى وقت ظهر له التصرية فى الأيام الثلاثة يرد على الفــور ولا يرد بعدها ، وهو قول أبى اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمرى فى اثبات الثلاثة لأجل هــذا الاحتمال كما قدمت الاشارة اليه ، وقد يظهر لهــذا البحث أثر فى التفريع الذى سنذكره ان شاء الله تعالى .

(التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالى التردد فى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وههنا فى الأوجه الثلاثة جعلناها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان فى أن كلا منهما على الفور ، وانمــا لا يفترقان فيما لا يكون من فعــل البائع كتحفل الشــاة بنفسها ؛ هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟ فالذى يقول ههنا بأنه على الفور ؛ لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء .

(التنبيه السادس) أنه قد تقــدم أن الأصــح عند صاحب التهذيب وغيره ثبوت الخيــار فيما اذا تحفلت بنفســها ؛ وتخريج ذلك على أنه يسلك به مسلك العيب ؛ وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعى عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا ؟ فان كان مستمرا فلا مستند له ، فان الحديث لم يشمل الا التى صريت ، والحاقه بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وان لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وان ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم (اما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (واما) موافقته هنا .

(والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثا ، لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع اثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وان الدليل الدال على اثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته ههنا فى عدم اعتبار الثلاث ، لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث .

(التنبيه السابع) أن قول أبى اسحاق المذكور وقع فى نقله ما ينبغى التثبت فيه ، فمنهم من يجعله كما حكيته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وانما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد . وظاهر هذا الكلام اذا أخذ على اطلاقه يشمل ما اذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو بينة ، وامتناع الرد اذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه ، ففيه بعد .

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فانه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد الى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال ، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للتروية كما فى الشفعة فى قول يمتد الى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به اذا شرط الخيار ثلاثا ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور . انتهى .

(والقول الثانى) فى كلامه هو قول أبى حامد المروروذى .

(والثالث) هو قول ابن أبى هريرة والأول هو — والله أعلم — قول أبى اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار اذا علم . وصاحب التتمة لم يحك الا قول أبى حامد وقول أبى اسحاق . وصرح على قول أبى اسحاق بأنه اذا علم التصرية باقرار أو ببينة وأخر الفسخ بطل خياره ؛ فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبى اسحاق كالرويانى وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد اذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل فى العلف أو لبدل الأيدى .

(أما) اذا حصل العلم بقول البائع أو بينة — ولا مانع من ثبوت الخيار — وحينئذ يكون فى هذا موافقة لابن أبى هريرة فى ثبوت الخيار فى الثلاثة على الفور اذا حصل العلم . لكنه مع ذلك يخالفه فى أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار اذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبته على ما حكاه الرويانى . ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذى حكاه الماوردى تفريعا على قول أبى اسحاق أن له الرد اذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف الا بين أبى حامد وأبى اسحاق ، قال : ثبت عن أبى اسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق متحقق ، وان كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردى ، وقبلها ، كما قاله القاضى حسين . فحينئذ يتحد قوله وقول ابن أبى هريرة ، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الرويانى . ولم يحك الخلاف الا بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ؛ وأبو حامد لا يرد نقله ، فهى ثلاثة أوجه محققة ؛ ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ؛ وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه . فيكون ذلك قولا مغايرا للثلاثة ، وبه تصير أربعة . هذا بعيد لا ينبغى المصير اليه . وليس ذلك الا للاختلاف فى النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة لكنت أقول ان كلامهما يرجع الى معنى واحد ، وهو أن الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبى حامد • وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف : لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، والله تعالى أعلم •

(التنبيه الثامن) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : اذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مراده اذا علم بالتصرية فى الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا • فان كان المراد الثانى فالقول المذكور وهو قول ابن أبى هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور • ويكون قول أبى اسحاق حينئذ قولا ثالثا فى المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته • وان كان المراد الأول ، وان فرض المسألة فى الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبى هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبى اسحاق أيضا على ما تقدم عن القاضى حسين ، فانه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ فى مسألة الكتاب الا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتا عنها ، وفيها أيضا وجهان بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبا اسحاق فى امتناع الرد بعدها •

(التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبى هريرة وأبى اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث اذا حصل العلم باقرار البائع وببينة ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبى هريرة فلم يصرحوا عنه فى ذلك بشىء ، ويحتمل أن يكون موافقا لأبى اسحاق فى ذلك ، فان الحكم باحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال احالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدى غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبى هريرة مخالفا لأبى اسحاق فى ذلك ، ويكتفى فى جواز الرد بظهور ذاك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه فى الثلاث ، فيكون ابن أبى هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض •

(التنبيه العاشر) قول المصنف : « اذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة العلم باقرار البائع أو بالبينة ، وذلك يسمى علما فى الحكم ، وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق فى جواز الرد قبل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ، ولو بدلالة الحلب ، فيعود فيه الكلام الذى قدمته الان ، والله أعلم •

(التفريع) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبى حامد قالوا ليس له الرد ، لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط ، فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبى هريره وأبى اسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجورى[1] : اذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وانما جعل الثلاث فسحة له اذا علم فى أول يوم بالتصرية ، أو فى الثانى أن يؤخر الرد الى الثلاث وينقطع بآخر الرد بعد ثلاث •

وأما اذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافقه ما سنذكره عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبى هريرة وأبى اسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم الا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما اذا تزوجت عنينا عالمة بعنته ، وعلى قول ابن أبى هريرة وأبى اسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر فى المستظهرى •

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته اذا اشتراها عالما بالتصرية ميل الى جانب التعبد ، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبى حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدم عن الشافعى رحمه الله أنه صرح فى الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه اذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : ان الخيار يمتد

---

(١) يكثر فى النسخ فى ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين أبو الحسن الجورى بالراء المهملة التى اعجامها زايا (ط) •

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشترى يغفل عن ملاحظتها فى مدة الثلاثة الأيام بأن يكون فى يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن فى الحلبات الماضية •

وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكروه فى التفريع على هذا القول مع كونه عيبا ، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته فى العادة الا بالثلاث ، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا ، فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلى ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول فى بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفذ اجازته على الأصح على قول بيع الغائب ، فكذلك ههنا ، وفى ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه اسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث •

ومما يرشد الى المعنى فى ذلك ما ورد فى الحديث « بيع المحفلات خلابة ، ولا تحل الخلابة لمسلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وموقوفا على ابن مسعود ، والوقف أصح ، والرفع ضعيف ، ولكن يستأنس بذلك فى المعنى ، وهو يرشد الى الحاق هذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصفا فى المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة فى البيع على تلك الصورة ، وأن التصرية — وان لم تكن من البائع — تثبت الخيار ، لأنه بالبيع معها من غير تبيين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أى وقت اطلع عليه •

ثم فى المصراة معنى آخر ، وهو أنه لا يوقف على عيبها فى العادة الا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب ، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقـــدار اللبن الأصلى . فهـــذا ما ظهـــر لى فى هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العـــلم ؛ ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك ؛ وابن المنذر لـــا نقل عن الشـــافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام .

قال : وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار ـــ متى تبين له أنها مصراة ـــ أن يردها (قلت) وهذا هو قول ابن أبى هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيمـــا اذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنـــده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشـــعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شـــبهوا ذلك بما اذا تزوجت عنينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عنينا عنها ، فاذا تحققت عنته عنها أيضـــا ثبت لهـــا الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف فى مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيـــار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت فى حالة العـــلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وان جعلناه خيار عيب فيأتى فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد ، وللمأخـــذ الذى ذكره من الالحاق بمسألة العنين .

وفى الابانة والوسيط الجـــزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهـــذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتـــد الخيـــار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعـــد الثلاث كان على الفور ، وهو الذى تقـــدم اختيارى له ، لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضـــاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمســـك به فى ذلك ، لأنه لم ينقـــل عن شخص معين أنه قال بمجمـــوع ذلك ، وانما اقتصرت

على قول الفوراني بعد الثلاث . وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى في الترتيب في الصنف خلافه ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لما اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفوراني وحده يكون في اثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم الضرر .

(فرع) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتداؤها من حين العقد ، أو من التفرق ، فيه الوجهان في خيار الشرط ، هكذا قال الرافعي رحمه الله تبعا للشيخ أبي محمد وصاحب التتمة (والأصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد .

وقد قال الجوري هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفرق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك ، وقبل التفرق ممنوع من التصرف ، وخيار المجلس لهما جميعا ، واذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصل للمشتري خيار الثلاث ، وفي المجرد من تعليق أبي حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزي التفرق ، وعلى مذهب ابن أبي هريرة على وجهين .

(فرع) لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة ، قال الجوري : لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الحلب وسائر التصرف ، وترك الحلب والتصرف في الشاة يؤدي الى الاضرار بالشاة ، هكذا قاله الجوري ، ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لمن الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الحلب والا فللمشتري ولا يحصل بذلك اضرار بالشاة ؛ نعم ذلك يؤدي الى محظور على قولنا : ان الملك للبائع في زمن الخيار . لأن اللبن الحادث يكون تبعا للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم .

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدي الى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس .

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضـا فالقول بأن الملك للبائع فى خيـار المجلس ضعيف : بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحـده • وقـد يقال : ان ما علل به الجـورى صحيح ، وان التصرف فى المبيـع أو فى جزئه ، وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنـع ، وان كان اذا تصرف يصـح كما ذكر الأصحاب فى بعض التصرفات • وأما الحل فلم يذكروه فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجـورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف فى المبيـع واذا منعنـا من ذلك أدى الى الاضرار بالشـاة كما قال ، والله أعلم •

(فـرع) لو اشترط للمشترى وحـده • قال ابن الرفعـة : فيشبه أن يكون ابتـداء الثلاث فى التصرف من انقضـاء خيار الشرط للمشترى • اذا قلنا عنـد فقده : انه من انقضـاء خيار المجلس • حذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك • قلنا : ان ابتـداء خيار الشرط من حين التفـرق (قلت) وهذا بعيـد لأن التصرية تتبين فى الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخـرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هـذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيـار للمشترى ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم •

فان صح ذلك فتكون هـذه المسألة من المسـائل التى يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشترى وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمـل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقـد ومنه ثبتا ، وفى الصـورة التى ذكرها الجـورى نظر فى أنه اذا كان الخيـار للمشترى بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيـار لهما بهـذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم •

(فـرع) اذا اشتراها وهى مصراة ولم يعـلم بها حتى ثبت لبنهاعلى الحـد الذى أشـعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى ، ففيه وجهان (أحدهما) له الخيـار للتدليس (والثانى) لا ، لعـدم

الضرر • قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح (قلت) وهـذا على رأيه فى أنه خيـار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما اذا لم يعرف العيب القديم الا بعـد زواله ، وبالقولين فيما اذا أعتقت الأمة تحت عبد ولم يعـلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفى تعليق سليم عن أبى حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال • وكذلك مسألة العيب ، فأما هـذه المسـألة فلا أعرف لاثبات الخيـار وجها لأن نقصـان اللبن ليس بعيب فى الأصل ، وانما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك •

(قلت :) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هـذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتـاد من أصل الخلقة • ومن المعـلوم أن الكلام فى هـذا الفـرع اذا جعلنا له الرد من باب العيب • أما من يجعل الخيـار بالشرع ويبين ذلك فى الثلاثة فله الرد بلا اشـكال ، وبنى الجرجانى الوجهين على أن الخيـار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فان جعـلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وان جعلنـاه خيار عيب فينبنى على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعـرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اختـار رد المصراة رد بدل اللبن الذى أخـذه ، واختلفت الرواية فيـه ، فروى أبو هريرة « صاعا من تمـر » وروى ابن عمـر « مثل أو مثلى لبنهـا قمحـا » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد فى كل بلد من غالب قوته ، وحمـل حديث أبى هريرة على من قوت بلده التمـر • وحديث ابن عمـر على من قوت بلده القمـح ، كما قال فى زكاة الفطـر : « وصاعا من تمـر أو صـاعا من شعير » وأراد التمـر لمن قوته التمـر ، والشـعير لمن قوته الشـعير • وقال أبو اسـحاق : الواجب صاع من التمـر لحديث أبى هريرة ، وتأول حديث ابن عمـر عليه اذا كان مثل لبنهـا من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطـوع به) •

(**اما الأحكام**) فالمشترى للمصراة اما أن يختار امساكها واما

(**الشرح**) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما ، وأن الرواية الى ابن عمر غير قوية •

أن يختار ردها ، واذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، واذا كان بعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ، فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما • وذكر الحالتين الآخرتين احداهما فى هذه القطعة من الفصل ، والأخرى فى القطعة التى ستأتى فى كلامه ان شاء الله تعالى ؛ فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصور التى فرضها المصنف وهى ما اذا أراد ردها •

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا • فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ، ولا يخرج ردها على الخلاف فى تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للأخبار الواردة فى الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله قسط من الثمن وسيأتى فى الحالة الثالثة تحقيق النقل فى هذا الرأى • ولا أعلم أحدا حكى خلافا فى جواز الرد ؛ الا ابن أبى الدم فانه قال : فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة ؛ قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث •

(**قلت :**)وهذا الوجه لم أقف عليه فى النهاية • ولعله اشتبه بالوجه الذىسنذكره فى الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية • قال ذلك الوجه فى النهاية ، أما ههنا فلا • ثم اختلفوا فى المضموم الى المصراة الرد فى جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ، والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب عنده فى كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاصطخرى ونسبه الرويانى اليهما •

وقال فى الحلية : انه القياس • ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد فى تعليق البندنيجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا . أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز الا التمر . وصاحب التتمة قال : انه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر . ثم حكى الخلاف فى تعينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراضى فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثانى) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاه اطلاق الجورى قولين ، وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك فى حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر . وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الضرع • وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته •

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء • من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير • نقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول ، والله أعلم •

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع • يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنويع ، مثل لبنها أن كان كثيرا ، قدر لبنها ان كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها ان كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم •

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعيلى ، فانه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفى قوله : « صاع من تمر لا سمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكتى سمراء •

(قلت :) ولا يلزم ذلك • وليست (لا) متعينة فى الاخراج ، وانما هى هنا عاطفة : مثلها فى قولك : جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة • فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين • بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر ؛ وانما الخلاف ههنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد ؛ وهو الصحيح على القول بعدم التمر • قال الامام : لكن لا نتعدى هنا الى الأقط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر • وهذا الذى قاله الامام يوافقه ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير •

(وقوله :) ان ذلك فى الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقـل فى قول الاصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمـر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبى محمد ، واختلف فى التعبير عنه (فقال ولده امام الحرمين) وهو أعرف بمراده : ذكر شيخى مسلكا غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب فى طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى فى اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده . وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله • فان اللبن من ذوات الأمثال • فان أعوز المثـل فالرجوع الى القيمة • وقد أومأ اليه صاحب التقريب ولم يصرح • وهذا عندى غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخـذ مذهبه • ويبطل عليه مذهب الشافعى فى مسألة المصراة ، ولم يبق الا الخيـار فان اعتمـدنا فيه الخبر لم يبعـد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيـل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها • هذا ما ذكره الامام فى ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر فى تضعيفه كما ذكره فان ذلك مجانب للحديث والمذهب •

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمـر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمـد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات ، وفى هـذا تأويل لكلام الشيخ أبى محمـد رحمه الله وأن ايراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتما ، وذلك موافق لـما سيأتى فى الكتاب فى هـذا الفصل أن البائع يجبر — على وجه — على قبول اللبن اذا كان باقيا ، ومال ابن الرفعـة الى هـذا التأويل ، وقال : ان كلام الشـيخ أبى محمد رحمه الله فى السلسلة ينطبق عليه ، لكن هـذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه • (وقوله) أنه يجرى فى اللبن على قياس المضمونات ، وأيضـا فان الوجه الذى سيأتى فى كلام المصنف رحمه الله انما هو فى حالة بقـاء اللبن ، والامام — وان كان كلامه عن الشيخ أبى محمد فى حالة بقاء اللبن أيضا — لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضـا كلام الرافعى فى ذلك : انما هو فى حالة التلف ، فان حمل على هـذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلى هو التمـر وله أن يعـدل عنه الى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات ؛ كما اقتضـاه كلام الامام عنه ، وهو وجه آخـر غير ما ذكره الأصحاب فى الحالتين أعنى حالة تلف اللبن ، وحالة بقائه خلافا لمـا قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب ، وان كان المـراد ظاهر ما نقله الامام ، ففى ذلك مخالفة لمـا نقله الرافعى ، وهو فى غاية المصادمة للحديث والمذهب •

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ؛ فان اللبن الكائن فى الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصـار تابعا لمـا فى الضرع كما اذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شىء من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشترى ، ولهـذا حكى المـاوردى طريقة قاطعة بأنه اذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت ان الزيادة تكون للمشترى ككبر الثمرة ، وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيمـا اذا باع صاعا من اللبن الذى فى الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكأن شيخى سابق فى التصـوير ، ويقول : اذا ابتـدر حلبه واللبن على كمال الندرة لم يظهر اختلاط شىء به ، له قدر به سألاه ؛ وان فرض شىء على ندور لمثله محتمل ، كما اذا باع جزة من قرظ •

قال ابن الرفعة : والخبر على هـذا محمول على ما اقتضـاه ظاهره ، فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث ، واللبن اذ ذاك يكون تالفـا فى الغالب ، نعم المشـكل قوله : عند تعيين اللبن ؛ يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله •والخبراذا خرج مخـرج الغالب يوجب رد غيره ؛ فالغرابة فى هـذا ، لكنه قياس ايجاب رد اللبن عند عدم التغير نظـرا الى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، واذا وجب رد المثل فتعـذر كان الواجب قيمته •

(**قلت**) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقـل عن الشيخ أبى محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فان ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ؛ وحمـل الحديث على الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجـوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشـهور من المذهب (والثانى) أن غاية ذلك ابداء وجه من القياس لرد اللبن . ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع فى ذلك الحديث وهو عمدة المذهب فى ذاك فالعدول عنه خروج عن المذهب : وكلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال فى حكاية الوجه : للمشترى جبر البائع على قبول المثــل ان كان المثل موجــودا . والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم •

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعى يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة فى ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التى ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثانى الذى ذكره المصنف عن أبى اسحاق المروزى اتباعا لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هــذا الوجه الشيخ أبو محمد فى السلسلة ، والرافعى والنووى ، وممن نسبه الى أبى اســحاق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمــاوردى وابن الصباغ وغيرهم •

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال المــاوردى : على هــذا لا يجوز العدول الى غير التمــر • ولو أعوز التمر أعطى قيمته • وفى قيمته وجهان (أحدهما) قيمته فى أقرب بلاد التمــر اليه (والثانى) قيمته بالمدينة • وقال القاضى أبو الطيب والبغــوى عن أبى اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجــوز الا برضا البائع ، هكذا قال البغــوى وفيه التنبيه على أنه اذا عــدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمــر ، وكلام أبى الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقــد تكون أدون ، وكأنه راعى فى ذلك القيمة ، وكأن البغــوى راعى فى ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبى اسحاق وجهان •

والعجب أن الرافعى رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحــك عن أبى اسحاق ما حكاه البغوى فيه ، وانما حكى عن أبى اسحاق ما حكيناه عن نقل المــاوردى ، ولم يحك عن المــاوردى أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى ، فقد اجتمع فى جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه ، ولك

فى ترتيبها طريقان (أحدهما) أن تقول فى الواجب ثلاثة أوجه •
(أحدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام •

(والثانى) التمــر (والثالث) جنس الأقوات (فان قلنا) بالتمر فهل نعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعــدل الى الغالب ؟ أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان •

(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمــر ، وهل يتعين ؟ وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهــان (وان قلنا) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟ وجهان (الثانى) قول الشيخ أبى محمد وان قلنا : الأقوات وحــدها . فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعى ، وليس فى كلام الرافعى رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك وجه العدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمــر موجودا أو معدوما ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ، وليس لك أن تأخذ من هــذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه كلام الامام وكلام الرافعى فى النقــل عن الشيخ أبى محمد ؛ لأن ذلك اختلاف فى فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر هنا على هــذه الصورة •

(**فان قلت :**) ما ذكرت أن الرافعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب عن أبى اسحاق قد شــمله قول الرافعى رحمه الله ، أن الاعتبار بغالب قوت البلد يعنى فى القيام مقام التمر ؛ فهــذا هو العدول من التمر الى أعلى منه •

(**قلت**) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمــر على الاطلاق لا فى الاقتيات ولا فى القيــمة ؛ فقد يكون بلد غالب قوته قوت هو أدنى من التمــر قوتا وقيمة ؛ وقد نقل الأصحاب عن أبى اسحاق أنه جعــل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه ؛ كما أشــار المصنف رحمه الله اليه ، فصرح بالتمــر فى حديث وفى آخــر قال : « من طعام »

وأراد التمر • وفى آخــر قال : « قمحا » وذلك اذا كان القمح أعز ، ورضى بذلك •

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنها » أراد اذا كان قدر ذلك صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب والبغوى ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه (وأما) ما حكاه المـــاوردى والرافعى فلا يوافقذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر أصلا •

(فان قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ **قلت** : الصحيح أن الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتى فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد •

وأما حديث ابن عمــر الذى فيه القمح فقد تقــدم التنبيه على ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمــر لا شبهة فيه • لكن هل يتعين ولا يجــوز غيره كما نقله المـــاوردى عن أبى اسحاق ؟ أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون ؟ هــذا محل النظر وقد قال الرافعى : ان الأصح عند الشيخ أبى محمد وغيره أنه يتعين التمــر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعى عن أبى اسحاق غير ذلك • وظاهر ذلك تصحيح لمـــا نقله المـــاوردى • وان غير التمر لا يجــوز • كذلك هو فى المحــرر • وصححه النووى أيضا ، وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى •

لكن قد يتوقف فى هــذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية الأكثرين عن أبى اسحاق أنه يجــوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضــاه كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبى اسحاق يقتضى على ما نقله المـــاوردى عينه وتبين مراد أبى اسحاق ولا يبعــد أن يتناول كلام المـــاوردى • وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين • واذا لم يتحقق هــذا الوجه عن أبى اسحاق • وليس منقولا عن غيره فكيف نقضى بصحته (الثانى) أن الأصحاب اتفقوا فى زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه • فاذا عدل عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز •

(والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتيات • والقمح أعلى بذلك الاعتبار • وان اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح فى بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر • فلو كان التمـــر فى المصراة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وان كان أعلى •

(فالجواب) أما اختلاف النقل عن أبى اسحاق وكون ذلك يقتضى التوقف فى نسبة هـــذا القول اليه أو الى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح • ولكن لنا أن نتمسك فى أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعى رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان نص الحديث ونص صاحب المهذب يقتضى أن بدل اللبن هو التمـــر فيمكن للمشترى من اعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل • ويكفى التمسك فى الصحيح بنص صاحب المهذب المستند الى دليل • وأما من يشترط فى التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج الى بيان ذلك ههنا فى هذه المسألة • ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضى ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور الى غير أبى اســـحاق • نعم الامام قال : ذهب ذاهبون الى أن الأصـــل التمر فلا معدل عنه • وهـــذا الذى نقله الامام يوافق ما نقله المـــاوردى عن أبى اسحاق ، فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا اسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه •

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجىء القمح فى بعض الروايات • وقال الامام : ان ذلك الذى مهد لأصحاب القوت مذهبهم ، والا فالأصل الاتباع ، وأنت اذا وقفت على ما تقـــدم من التنبيه على ضعف رواية القمـــح المطلق على المقيـــد فى بقية الروايات التى أطلق فيها الطعـــام تارة وذكر التمر أخـــرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب اذا اتبعت الحديث ونص الشافعى من غير تأويل •

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب فى زكاة الفطـــر على أنه يجوز العدول الى الأعلى ، فان المقصـــود فى زكاة الفطـــر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصـــل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

فى غيرها • وهذان الأمران مقصـــودان فى مسألة المصراة ، فان الحق فيها للآدمى مقصـــود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد • فقد بان ووضـح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ؛ ولا يجوز العدول عنه الى غيره ؛ ســـواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتى الكلام فيه • وهذا الصـــحيح خلاف الوجهين المذكورين فى الكتاب لمـــا تبين لك أن مراده عن أبى اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وصحح ابن أبى عصرون فى الانتصـــار قول ابن سريج ، والله أعلم •

هذا الكلام فى جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وان زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر • وهـــذا الذى نص الشافعى عليه رحمه الله فى الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال ابن سريج • والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعا للخصومة • وقد تقدم ذلك فى الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التى ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس •

(والثانى) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمـــر التى فيها : « مثل أو مثلى لبنها » • وعلى هـــذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصـــاع كان فى وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن • فاذا زاد زدنا واذا نقص نقصنا ، وهـــذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعى رحمه الله ولنص الحديث • وقد تقدم ضعف الرواية التى تمســـك بها • وهـــذان الوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين والشيخ أبو محمـــد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ، ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هـــذا الوجه ؛ وبه صرح الرويانى • وكذلك الشيخ أبو محمـــد فى السلسلة ذكر الوجهين فيمـــا اذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمـــر • وكذلك الامام فى النهاية ، وقال الرويانى : انه ضعيف ، والأمر كما قال ، فان كلام الشـــافعى رحمه الله فى الأم يصرح بخلافه فانه قال : ردها وصاعا من تمر ؛ كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته لأن ذلك شيء وقته رســـول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمـــع فيه

بين الابل والغنم ؛ والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان ؛ فان ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة •

وهذا الذى قاله الشـافعى رحمه الله هو الحق الذى لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبى صلى الله عليه وسلم بين الابل والغنم فلمـا لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعا من تمر ، علم قطعا بطلان هـذا الوجه • ولم أر لهذا الوجه ذكرا فى طريق العراقيين على هذا الاطلاق ، وانما فى كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالى حكاية الخلاف فيما اذا زادت قيمة الصـاع على قيمة نصف الشـاة أو كلها كما سيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ولولا أن الرافعى اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ أبى محمد والامام والرويانى لكنت أقول : انه يجب تنزيله على ما فى كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحا • والرافعى حكى الأمرين فقال : ان منهم من خص هـذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة • وقطع بوجوب الصاع فيما اذا نقصت عن النصف ، ومنهم من أطلقه اطلاقا • وليس فى كلام الرافعى هـذا ما يؤيد تنزيل هـذا الاطلاق على ما فى كتب العراقيين • لكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى حسين ، وفى كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين فى أنه هل يتعين الصـاع أو يجب من التمـر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصـاع فكانت قيمته بقدر الشـاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين • فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعـا على اعتبار الصاع ، وأفاد كلامه حصـول ثلاثة أوجه فى المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقا (والثانى) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقا (والثالث) الفرق بين أن تكون قيمة الشـاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشـاة وجب الصاع والا وجب بالتعديل • والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر ، اما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى فى كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ، وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك ان شاء الله تعالى ، وفى بعض شروح المهذب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمـر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل اذا كان

اللبن صاعا ويجب مثلاه اذا كان اللبن نصف صاع ، وهـذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصـاع الا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هـذه العبارة ، وبالجملة فهذا الوجه فى غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشـافعى رحمه الله والحديث ، وممن حكاه أيضا ابن داود فى شرح المختصر ، والله أعلم •

واذا ضممت الخلاف فى المقـدار الى الخلاف فى الجنس ، زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن ، والله أعلم • وسأتعرض لذلك ان شاء الله فى فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم •

(فـرع) هذا كله فيما اذا لم يرض البائع ، فأما اذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه ، قال الرافعى : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجـوز على الوجهين ، قال الرافعى : ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين فى جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه •

(قلت :) وقد قال ابن المنذر فى الاشراف : انه لا يجـوز أن يدفع مكان التمـر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعـام قبل أن يستوفى ، وهو أحد قولى المـالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض ، فان كان كذلك فالمنـع من الاعتياض فى ذلك مخالف لنص الشـافعى رحمه الله ، فانه قال فى باب السـنة فى الخيار : ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير صنفه ، اذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعى رحمه الله بالحال عن المؤجل •

وقد تقـدم فى باب الربا فى الاعتياض عن الطعـام المؤجل أن الشافعى رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنـذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه فى المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لمـا فيها من ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع فى اعتياض البر عن التمر • والظاهر أنه يعـدى ذلك الى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولا ثالثا ، واما أن يكون يعمم المنـــع فى الجميع تشبيها له بالثمن فى الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر فى الحكم وخالفه فى المـــأخذ ، واما أن يكون موافقا له فى الحكم والمـــأخذ معا ، ويمنع الاعتياض عن الطعام فى الذمة وان كان حالا ، وهو خلاف نص الشافعى رحمه الله •

وليس فى عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقا كما ذكره الرافعى رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وانما قال على خلاف الوجهين ، يعنى قول ابن سريج ، وقول أبى اسحاق رحمهم الله ، وليس فى كلامه أيضـــا فى النسخة التى وقفت عليهـــا ذكر القوت ، وانما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعى عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقائه ، فينبغى أن يكون صورة ذلك اذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب ، ويشترط فى ذلك اللفظ • هذا اذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقـــدم ، أما اذا اقتصر على الرد فهل يكفى لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفى لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم.•وسنتعرض له فى كلام المصنف رحمه الله ان شاء الله تعالى • وفى فرع الآن فتنبه له •

(فـــرع) التمـــر الذى يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك الى خيرة المشترى ما لم يكن معينا ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقـــله من نصوص الشافعى رحمه الله : صاعا من تمر البلد الذى هو به تمر وسط بصاع النبى صلى الله عليه وسلم فظاهر هـــذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمـــرا دون تمر بلده ، وان كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا فى زكاة الفطـــر ، والذى اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشـــهد له ما ذكره فى الشـــاة الواجبة عن خمس من الابل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر فى الدراهم المـــأخوذة فى الجبران فى الصـــعود أو النزول وأنه يتعين نقـــد البلد . قطعا ؛ فاذا ثبت التعين ههنا فالتعيين فى زكاة الفطر أولى ، لأن أطماع الفقراء تمتد الى قوت البلد ونوعه •

نعم : ان كان فى البلد أنواع فقـــد ذكروا فى الشـــاة المخروجة عن خمس من الابل أوجها • نص الشـــافعى رضى الله عنه فيهـــا ،

وهو الذى قطع به صاحب المهذب بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره الرافعى أنه يخـــرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى ههنا ذلك الخلاف بعينه •

(**فان قلت :**) قد قال المـــاوردى رحمه الله : انه اذا أعـــوز التمـــر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت قيمة الصـــاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج قيمته (قلت) ما ذكره الشـــافعى هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر ، يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله المـــاوردى أنه عنـــد اعواز التمـــر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وان كان الرافعى لم يذكره •

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق واقتصروا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انمـــا قالوه على قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضـــاه النص من تعين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عنـــد الوجود تمر البلد ، فان أعـــوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيـــد أيضا ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عنـــد الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ، فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى : فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على قول أبى اسحاق ما ذكرته •

واذا أوجبنا تمرا فعـــدل الى تمر أعلى منه جاز ، كما قالوه فى زكاة الفطـــر ، وفى الشـــاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم يجزه . كما ذكروه فى الشـــاة • هـــذا عند الوجود وعند الاعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة : وهو مقتضى قول أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عنـــد الوجود الى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالعدول الى جنس آخـــر ، كما قيل بمثله فى الســـلم : ان اختلاف النوع كاختلاف الجنس ، وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هــذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ؛ كما تقدم بخلاف المسلم فيه •

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرعنا على قول التخيير ، وكذلك فى الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخــرج عن الكرائم الا كريمة •

(فــرع) الصــاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل ينزل منزلة العين الأخــرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده مع الشــاة ، أو نقول : انه يرد الشــاة ، ويبقى بدل اللبن فى ذمته ؟ لم أقف فى ذلك على نقــل (وقوله) فى الحديث : « ومعها صاعا من تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجــوز فى غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخــذ بدل التمــر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كمــا تقــدم لأن التمر لا ثبوت له فى الذمة على هــذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ، بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له •

(نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هــذا التقدير ، ولا يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصــل ، وانما عدل الى التمــر خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل الفسخ فى جمع المعقــود عليه ، ويخــرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن ، ولا يجــوز اتفاقهما على بدل آخــر غيره لا يعدو الى غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق •

(فــرع) يمكن أن يقال : اذا جعلنــا التمــر قائما مقام اللبن على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشــاة ، وأن يبقى التمــر فى ذمته ، يجوز كما يجوز فى الشــفعة ، حيث يكتفى برضا المشترى بذمة الشفيع عن تسـليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفى ذلك هنا ، لأن الشــفعة تملك جديد • وههنا رد ، والرد يعتمــد المردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخـذ البدل عن التمـر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقـدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى الاحتمـال الثانى يتعين ما تقـدم وأنه يتعين رد التمـر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لايجوز غير ذلك لأن ذلك اقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع .

(فـرع) ولو كانت المصراة اثنين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقـل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم ، وعن الشـافعى وبعض المـالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعا ، لقوله : « من اشترى غنما » .

(قلت) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسـمحون بذلك ، وهـذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقـل بعض الحنابلة عن الشـافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما .

(فـرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف . لأن الصـاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى .

وقال ابن حزم : يجب رد مثـله مع التمـر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقـد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المحلوب مجاز ، ولا دليـل عليه ، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم .

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصراة بلفظ فيه : « وان شـاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المحلوب ، ولكن فى سـنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف .

فـــــرع
فى مذاهب العلمـاء

قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف : يرد معهمـا قيمة اللبن هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره ٠ ونقل ابن حزم عنهمـا أنه يرد قيمة صاع ٠ وقال مالك فى أحد قوليه يؤدى أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم ٠ وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا ٠ وقال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما : اذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ؛ لكن يرجع بقيمة العيب فقط ؛ وان كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمـر ولا شيئا هكذا نقـل ابن حزم عنه ٠ والمشـهور عنه أنه اذا حلبها امتنع عليه الرد ٠ ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه اذا حلبها سقط خياره ، وتعين حقه فى الأرش ٠ وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المـالكية أنه لا يرد معها شيئا ٠ لأن الخراج بالضمان ٠

(الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن ٠ وهـذا انما يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والروياني ومن وافقهما عن أبى اسحاق فى أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشـهور خلافه ٠ فاذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شىء عليه وفاقا ٠ فان قوله : وان سخطها ردها وصاعا من تمر ؛ المراد به اذا كان بعد الحلب ، والجمـع بين طرق الحديث يبين ذلك ؛ وأيضـا المعنى يرشد اليه ، ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه ٠ ولا يعكر ذلك على قولنا : انه له الخيار قبل الحلب ٠

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعى رضى الله عنه : اذا رضى بامساكها ثم وجـد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها بالعيب ٠ ويرد بدل اللبن الموجـود حالة العقـد ٠ وعلى رواية الشيخ أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة ؛ والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى المختصر ٠

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم بذلك ٠ وعنى بالامام والده الشـيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعنى يرشـد الى أن الصـاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن فى ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فاذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا فى تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس .

ولكن الشافعى رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعنى من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم فى معنى الرد بالخلف قطعا واللبن فى الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشافعى الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد فى قوله عليه السلام : « من اشترى شركا له فى عبد » وذكر الشيخ أبو على فى شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة الى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة .

(قلت :) وكلام الشافعى رضى الله عنه فى الرسالة فى باب الاجتهاد ، يقتضى أن رد التمر فى هذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام بالالحاق الالحاق فى أصل الرد ، لا فى ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالى عن التخريج على تفريق الصفقة فى حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى . بخلاف العيب الحادث .

فان قلنا : يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فانه المختار ، لاسيما فى الدوام ، وهذا الذى قاله الغزالى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ، ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وذكره الغزالى والرافعى هنا فى المصراة .

قال ابن الرفعة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، اذ هو مقصود فيها بخلافه فى غيرها ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله : انه اذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعى ولا أحد من الأصحاب بذلك فى المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالى أثبت احتمال الامام وجها ، ونقله الى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالى فلا عبرة به ، والا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالى .

(**قلت**) وما حكاه الامام عن الشـيخ أبى على مفروض فى المصراة ؛ لكن فى هـذه الحالة التى يتكلم فيهـا وهى ما اذا اختـار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقـل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا فى المصراة كان مستندا لمـا نقله الغزالى فى المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمـن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخـر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصـد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيمـا عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقـله الغزالى والرافعى خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعى رحمه الله فى غير المصراة فسيأتى الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقـله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأنا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدين ونحـوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصـود كالشاة بل هى المقصـودة ، واللبن ان قصـد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا فاتت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول فى الباقى على تفريق الصـفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفـرد بالعقد فاللبن مثلها .

(**قلت :**) وهـذا أميل الى أنه لا يقابل بقسـط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولا يوافق ما حكاه الشيخ أبو على فى امتناع الرد وبخالفه فى المـأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

(أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهـر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضيها معيبة .

(والقول الثانى) يرد ، والفرق بينه وبين السـلع أنه يرد معها صاعا بدلا للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسـائر السـلع

لا يرد معها شيئا ؛ وكان قد رضيه فلا شيء له • قال الجوري : قد يجيء في السلع أنه يرد المصراة ، لأنه رضي بعيب واحد دون الآخر •

(قلت :) وهـــذا الاحتمال الذي قاله الجوري هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ؛ والذي قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخـــر أنه يمتنع الرد ؛ بعيـــد لا وجه له ، وما أظن الأصـــحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجوري من القولين ؛ بل صرح المـــاوردي والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا في هـــذه المسألة : ان من رضي بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضـــا بما علم من الرد بمـــا لم يعـــلم ، وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا • لكني رأيت في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة ما يوافقه ، فانه قال في ذلك : منزلته منزلة المشتري سلعة ، فوجد بها عيبين فرضي بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثاني ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثاني ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله في هذا الكلام : وقد قيل يحتمـــل أن يكون في المصراة في المسألة المقيس عليها ، وبالجملة فالمذهب المشـــهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشري في منصوصات الشـــافعي رضي الله عنه •

وقد حكى ابن الرفعة عن الجـــوري هـــذا عند الكلام في بيـــع البراءة • وقال : لعل وجهه أن في رده ابطال عفوه عن الأول فلم يجز ، ولهـــذا نظر يأتي في الجنايات وما حكاه الجـــوري من القولين في المصراة قد وجه هـــذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من الســـلع ، ونحن نمنعه حكم الأصل اما جزما واما على المذهب المشـــهور ؛ ولئن سلم فالفرق ما ذكره • وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنـــع الذي حكاه الجوري غير مأخذ الوجه الذي حكاه الشـــيخ أبو علي رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوي من جهة القياس ، والحديث يصـــد عنه ؛ غير أن القول الذي حكاه الجوري على غرابته وضعفه يعتضـــد به الوجه الذي حكاه الشيخ أبو علي وان اختلفا في المـــأخذ لتواردهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأي الذي حكاه الغزالي والرافعي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعي رحمه الله •

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة الا اتباع الحديث ، والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البدل ، ولذلك جزم الشافعى رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك فى باب الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم ، والوجه الذى حكاه الشيخ أبو على والجورى فى غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فانه يوافق علىأنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا • هذا ما ذكره كثير من الأصحاب •

وفصل الماوردى رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ، ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان ؛ خرجهما ابن أبى هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا فى هذه المسألة على ثلاث طرق ؛ وفى الرونق جزم بردها •

وحكى فى رد الصاع التمر معها قولين ؛ وهذه طريقة رابعة ؛ غريبة ؛ فهذه الأحوال الثلاث اللاتى تقدم الوعد بذكرهن ؛ والحالة الرابعة وهى ما اذا كان اللبن باقيا سيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

(فرع) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الأرش . قاله البندنيجى فى غير المصراة كما سيأتى ان شاء الله تعالى وقياسه أن يأتى هنا •

(فائدة) قال الجورى : ان قال قائل : اذا كان الصاع انما يرده بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة النقص . فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشترى أنه يرده وقيمة النقص ؟ قيل : لأن المقصود فى الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد العين بكمالها ورد قيمة التالف . واذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد العين بكمالها لأن الكل مقصود ؛ ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها اذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلفت وهو قول أبى ثور (قلنا) هــذا تدفعه السنة ؛ لأنه قيل « فهو بالخيار فيها ان شاء ردها وصاعا من تمر » ؛ فانما جعل له الخيار فى قيمتها ، والله أعلم .

(فــرع) اذا لم يعــلم بالتصرية الا بعد تلف الشــاة تعين الأرش ؛ وقد تقدم الآن عن أبى ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

(فائدة) قول الغزالى رحمه الله فيما تقــدم قريبا فهو فى حكم وصف آخــر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث . قال ابن أبى الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدين الباقيين ؛ فان موت أحدهما يوجب فى الباقى عيبا ؛ وهو تفريق الصفقة ، وليس للعيب الحادث ههنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم . قال وللمتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة فى أحد العينين بعد تلف العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قيمة الصــاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهــان ، قال أبو اســحاق : يجب عليه قيمة صــاع بالحجــاز ، لأنا لو أوجبنــا صاعا بقيمة الشــاة حصــل للبائع الشــاة وبدلها ، فوجب قيمة الصاع بالحجــاز لأنه هو الأصــل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصــاع ، وان كان بقيمــة الشــاة أو أكثر . ولا يؤدى الى الجمع بين الشــاة وبدلها ، لأن الصــاع ليس ببدل عن الشــاة ، وانمــا هو بدل عن اللبن . فجاز كما لو غصب عبــدا فخصــاه فانه يرد العبــد مع قيمته ، ولا يكون ذلك جمعــا بين العبــد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضــو المتلف) .

(**الشرح**) هذا من بقية الكلام فى الحالة الأولى . وهى ما اذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقــدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول فى جنس الواجب وبينا الكلام فى مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف فى تفاوت المقــدار ومنهم من خصص : فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنــا ، وهو اذا كانت قيمــة الصــاع

الواجب قدر قيمة الشـــاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله • وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضي أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما اذا كان التمـــر يأتي على ثمن الشـــاة أو على الأكثر منه • فهـــذا يقتضي أنه اذا كانت قيمة الصـــاع أقل من قيمة الشـــاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجـــرى الوجهان • وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشـــامل وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب •

وفرض المسألة فيما اذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصـــفه • وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله : ان منهم من خص هـــذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصـــاع على نصف قيمة الشـــاة • قطع بوجوب الصـــاع اذا نقصت عن النصف • هكذا حكاه الرافعي رضي الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الروياني عن أبي اسحاق • فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما اذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة •

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين : وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصـــاع قيمة الشـــاة أو زادت • وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله • ثم حكى عن العراقيين أيضـــا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشـــاة فالوجهان جاريان وليس في شيء من ذلك منافاة ؛ فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما اذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة •

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيهـــا أيضـــا ، والقطع فيها اذا نقص عن النصف • وقد تقـــدم عن بعضهم اطلاق حكاية الخلاف • ولو كانت قيمة الصـــاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي اسحاق • صرح به الشيخ أبو حامد وغيره • وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب • وفي تعليق أبي حامد من طريق البندنيجي والمجـــرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر • وذكر العجلي في كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتعـــديل أبدا أي أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهـــذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين فى ذكرهم للخلاف على الاطلاق فى تفاوت ذلك بتفاوت اللبن ؛ وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها ، فرضوه فى بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان .

والوجهان فى المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران فى طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاهما عنهم كالامام والغزالى ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف الا فى طريقة الخراسانيين ، والعلة التى ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الأول انما تظهر فى الفرض الذى فرضه هو . لا فيما فرضه أبو الطيب وموافقوه.ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التى فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله . وفى كلام الامام تعليله بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول فى مقابلة شىء فائت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغى أن لا يتعدى على هذا حد التابع ، والغلو فى كل شىء مذموم ، وقد يغلو المبيع للفظ الشارع فيقع فى مسلك أصحاب الظاهر .

ووجه الغزالى رحمه الله بأنا نعلم أنه عليه السلام قدره به ، لأنه وقع فى ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع فى الضرع ، ولك أن تقول : ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة ، وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ، ولكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا ، وسيأتى فى التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى.

وممن نسب هذا الوجه الى أبى اسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنيجى وسليم وابن الصباغ رحمهم الله . وقال سليم : انه أصح ، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع فى هذه الحالة ، وسنذكر فى التفريع حقيقة ما يوجبه ، ونتعرض فيه الى لفظ المصنف ان شاء الله تعالى .

والوجه الثانى حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجانى والرافعى وابن أبى عصرون أنه يلزمه الصاع وان زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث . واطلاق نص الشافعى رضى الله عنه أيضا يقتضى ذلك . ولكنه غير مصرح به انما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل . ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها فى ذلك الكلام . لكن اطلاقه يقتضى أن لا فرق أيضا ولأن الصاع بدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فاذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى . وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبى محمد أن ابن سريج مال الى ذلك القول ، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو اسحاق بما ذكره . وهو حق . والمسألة التى استشهد بها فيما اذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد . أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من ديته ، فانه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فان لم ينقص شىء فلا شىء عليه وان نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين فى باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فانه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فانه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم ، والقاضى أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله ، وانما استشهد بما اذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشترى فى السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن . وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ، لأن الزيادة هنا فى القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التى ذهب لبنها مع صاع يساوى قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبى اسحاق : ان الأصل فى المصراة ضمان اللبن التالف ببدله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما فى ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

فى ذلك الوقت غالبا ، فاذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد إقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان ما فات من العبد المغصوب فان ذلك واجب متأصل •

(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب فى لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك بدل فى جميع الأحوال والشرع اذا أناط الأمور المضطربة بشىء منضبط لا ينظر الى ما قد يقع نادرا ، واذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه بل يجرى على الضابط الشرعى ، لاسيما والمشترى ههنا يتمكن من الامساك ، فان أراد فسبيله رد ما جعله الشرع بدلا •

وقول الامام : ان الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى اذا ظهر وسلم وجب اعتباره ، واذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ • ولا يسمى ذلك غلوا مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم فى الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم •

وقال صاحب الوافى فيما أجاب به المصنف عن قول أبى اسحاق بأن الصاع — وان كان قيمة اللبن — الا أنه لم يكن مقصودا ، وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة ، وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة الى ما تقدم ، ونقل الامام عن صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط فى صورة الوجهين •

(التفريع) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال (وان قلنا) بالوجه الأول ، وقول أبى اسحاق : انه لا يجب الصاع فى هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله •

وقال القاضى أبو الطيب : انه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ، فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، كما فسره الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم ، وذكره المصنف فى كتاب الجزية ؛ نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول الى ذلك المكان فى خير وعافية •

وقال ابن الرفعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن الماوردى

انه عند الاعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين • هذا ما ذكره العراقيون على قول أبى اسحاق وأما الامام فانه قال : أن لم نر ايجاب الصاع فى هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز واذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر فى المبذول على الحد المطلوب ، وهكذا لكلام من الامام فيه اجمال •

وقال الغزالى فى الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط فى أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام فى اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصراة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر فى هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام فى التفريع على الوجه الذى حكاه العراقيون فى هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع •

وأما الوجه الآخر الذى حكاه فى صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذى عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك فى لبن الجارية المصراة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك فى صدر كلامه ، ولا يجىء عليه قول التعديل •

وقول الغزالى : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصراة المبيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط فى الغالب درهم وقيمة شاة وسط فى الغالب عشرة ، وقيمة الشاة المبيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوى عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع فى ذلك الوقت مثلا بخمسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوى نصف درهم ، وان كان الصاع فى ذلك الوقت يساوى ثلاثة ، فوجب سدسه ، لأنه يساوى عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم •

اذا عرف ذلك فقــد نقل الرافعى رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فاذا كان اللبن عشر الشــاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشــاة ، ولم أر فى النهاية الا ما حكيته قبل ذلك من الكلام الذى فيه اجمــال ، ونسبت الكلام الذى فيه اجمال الى والكلام الذى بعــده فى الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالى وبين الغزالى والرافعى اختلاف فان الغزالى ينسب قيمة الصــاع من قيمة الشــاة ، فاذا كان قيمة الصــاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعى رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخــره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشــاة فانه قال : فاذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصــاع عشر قيمة الشاة ، واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر ، وانمــا ذكر التمــر فالوجه أن يقول : فاذا كان التمــر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمــر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النســخ وفى نسخ الروضة أيضا • فأول كلام الرافعى وآخــره لا يلتئمان التئاما ظاهراً ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضــاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخــر فقط بأن يقــوم اللبن وتقوم الشــاة وينسب قيمة اللبن منها ، لكن صدر كلام الرافعى وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبن ، ثم ان كلام الرافعى والغزالى رحمهما الله متفقــان على أنا بعد النســبة نوجب من الصــاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب فى المثال المذكور أن يرد من الصــاع تمرا يســاوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لمــا قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصــاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر •

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمــر • قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصــاع من التمــر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجــوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع •

(فــرع) هو من تتمة الكلام فى ذلك • اشترى شاة بصــاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى فى الحاوى وغيره •

(أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته ، ولا يكون ذلك ربا ، لأن الربا فى العقود لا فى الفسوخ ، قال صاحب التتمة : الا أن ذلك سوء تدبير منه فى المال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى فرض الأمر كذلك فينبغى امتناع الرد ، لأنه سفه كما تقدم لنا ، فيما اذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا يجواز التفريق •

(فان قلنا) الاجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب : لم يكن له حظ فى رد المعيب ، لأنه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له ، وقد تقدم ذلك ، وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول الى قول الاجازة بالقسط ، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ، ثم اما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبى الطيب واما أن يرجع الى القول الآخر الذى سيأتى ، وهو قياس الاحتمال الآخر فى مسألة الصرف فراجعه هناك •

(والوجه الثانى) فى هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشترى معها خمس الصاع الذى اشتراها به ، فهذا الوجه الذى فى هذه الصورة هو موافق لما قاله الغزالى والرافعى ، فتأيد ما قالاه به •

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالى فيما اذا ساوت قيمة الصاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره الماوردى فيما اذا ساوى الصاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة ، وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة ، وهذا الوجه قائله ناظر فيه الى الغلبة ، ومع هذا يصح أن تعضد الخلاف الذى ذكره الغزالى به • وفى هذا الفرع وجه ثالث ذكره الجورى أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ذهبا أو ورقا ، قياسا على ما اذا اشترى حليا بمثله من الذهب ، ثم وجد به عيبا وحدث عنده

عيب . ووجه رابع مجزوم به فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها ولا شيء عليه .

(فــرع) هــذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة . هو الذى ذكره أكثر العراقيين . وقد تقــدم عن المــاوردى فيما اذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد اليه تفريعا على قول أبى اسحاق . وقياس ذلك أن يأتى هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمــر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فاذا ضممت ذلك وما قاله الغــزالى رحمه الله فى كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك فى هــذه المسألة ــ أعنى مسألة الكتاب ــ أربعة أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثانى) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد اليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ، ليس فى الفــرع الذى قاله المــاوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند امكان رد التمــر ، وما حكيناه عن الجورى وابن أبى هريرة ، وأما ان أعوز فسيأتى ان شاء الله تعالى .

(فــرع) اذا أوجبنا رد الصــاع التمر فيما اذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقــد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمــرا ، فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر .

(وان قلنا) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفســوخ لا ربا فيها (قلت) وهــذا الخلاف فى الاقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما المــاوردى ، وأما الذى حكاه الجورى أنه يرد قيمة اللبن نقــدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ .

(فــرع) عن البندنيجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبته بالتمــر ، كذا ههنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمــر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشــاة لغلاء سعر التمــر ورخص الشاة . فكيف الحال فى ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما فى القرض . ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة فى العدول عنه ؛

وقد تقــدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغى أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنيجى ، لكن قول الغزالى فى أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

(فــرع) الذى يقول بايجاب شىء من التمــر فيما اذا اشترى شاة بصــاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعرى ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : برد ما اقتضــاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمــر الحجاز كما سلف ، وتقــدم وجه آخر عن الحاوى أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمــر اليه . (قلت) وما قاله انه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون فى هذه الصورة أربعة أوجه (أصحها) ايجاب قيمة بعض الصــاع بالمدينة (والثانى) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) ايجاب قيمة بعض الصــاع بالمدينة على ما اقتضــاه التوزيع (والرابع) ايجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه ، وقد تقــدم ما ذكره الجورى وابن أبى هريرة .

(فائدة) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصــل ، أى لأن التمــر هو الأصــل . كذلك صرح به الشــيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمــر بالحجاز هو الأصل ، فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

(فــرع)رأيت فى شرح التنبيه لابن يونس أنه اذا أراد قيمة الصاع فانا نوجب فيه صاعا من تمــر بالحجاز ، ويشبه أن يكون فى النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

(فــرع) تقــدم فى جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفى مقداره أربعة أوجه (أصحها) صاع تمــر (والثانى) بقدر قيمة التمــر (والثالث) ان زاد الصــاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع (والرابع) ان زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصــاع ، ولم يقل أحد فيمــا أعلمه أنه ان زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمــر ، فاذا خلطت الأوجه بعضها ببعض

وجمعتها حصـــل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة فى ستة •

(وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتى خلاف فى المقدار فيه ، وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا ــ كثر اللبن أو قل ــ زادت قيمته أو نقصت (الثانى) صاع من القـــوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الأقوات ما عـــدا الأقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلا منه (الخامس) التمـــر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمـــر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هـــذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثنى عشر ، وستة ان زادت قيمة الصـــاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعـــديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه ان زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجـــرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم •

(فـــرع) فان كان باع الشـــاة المصراة بصاع من تمـــر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هـــذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخـــرى (أحدها) أنه يجب من الصـــاع بقدر نقص التصرية من التمـــر (والثانى) يرد قيمة اللبن ذهبا أو فضـــة (والثالث) يردها ولا شىء عليه ، فقد تقـــدم ذلك ، واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظـــر فى ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التى تركب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعـــل الأصحاب مثل ذلك فى مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهـــان ، قال أبو اســـحاق : لا يجبر البائع على أخـــذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع اليه التغير فلا يجبر على أخـــذه • ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصـــانه حصـــل لمعنى يســـتعلم به العيب فلم يمنـــع الرد ،

ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز افراد الشاة بالرد • لأنه افراد بعض المعقود عليه بالرد ، فلما جاز ذلك ههنا ــ وان لم يجز فى سائر المواضع ــ جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب ، وان لم يجز فى سائر المواضع) •

(**الشرح**) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة ، وهى اذا أراد ردها بعد الحلب واللبن باق ، وهذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه (والثانى) أن لا يكون كذلك ، وهى صورة الكتاب ففيها وجهان (أصحهما) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه زمان ، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع اليه التغيير ، فنقص عما كان فى الضرع ، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك : فلا يجبر على أخذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليل هذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشترى ، فاذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله ؛ وهذا قد يخدشه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى •

(وقد يقال) انه لا يصار الى الأخبار فى المسائل المذكورة الا للضرورة : ألا ترى أن النعل اذا لم يكن نزعه معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله ؟ وههنا لا ضرورة تدعو الى قبول اللبن لامكان رد التمر الذى قدره الشرع ؛ وممن صحح هذا الوجه ابن أبى عصرون والرافعى رضى الله عنهما • وقال الرويانى فى البحر : انه الأصح عند جمهور أصحابنا •وبه جزم الماوردى •

(والوجه الثانى) أنه يجب على البائع قبوله ؛ ويجبر عليه لما ذكره المصنف • والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب ، وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب • مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسألة . وكأنه اذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب غرده قهرا ، وقاسوه على مسألة المصراة : هذا والقول الثانى فى تلك المسألة بمسألة المصراة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن . فانه جائز

قولا واحـدا مع النقصـان الذى حصـل فيها بالحلب ، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشـاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التى فيها • اذ لا يحسن تخريج قول على وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هـذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة الى رد المصراة بعد نقصها بالحلب •

(الثانى) أنه اذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسـائل وبلا خلاف فى رد الشـاة نفسها بعـد الحلب ، فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟ •

(فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشـاة ، وما لا يوقف على عيبه الا بكسره فانه مشـتمل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصـه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشـاة والحاقه بما نقصـه لاستعلام عيبه يحتـاج الى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف فى الفرق (وأيضـا) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنـع فى غير هـذا الموضع لأدى الى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدى الى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشـاةالمعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة •

(الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرش على قول ، وان كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحـدا قال بأن المشترى يغـرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن فى الضرع وقيمته محلوبا • وهـذا يحرك لنا بحثا ، وهو أن التمـر يتقسط على الشـاة ، واللبن الذى فى ضرعها ، كما تقـدم ، وذلك باعتبار قيمتيهما ، فهل تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعـد الحلب ؟ وقد يقال انه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمـل فى البطن ، لكنا اذا كنا نعـلم أنه بعـد الحلب أنقص ممـا فى الضرع ، وحين المقابلة كان فىالضرع ، والمعتبر فى التقسيط وقت العقـد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فان كان يعتبر قيمته فى الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه ايجاب الأرش ، ولا أعلم من قال به • وان كان يعتبر قيمته بعـد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب •

(الرابع) أنا اذا قلنا بأن للمشترى رد اللبن فهل له امساكه ورد للشـــاة ؟ قال صاحب التتمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث فى مثله لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعـــد العقـــد ملكه فلا يلزمه رده . وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه . فعلى المشترى رده اذا أراد الفسخ . وليس له رد البدل . لأن حقه فى يده .

(الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفســـخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجد باحداهما عيبا فان له أن يرد الجميع . ان كان كذلك فينبغى عنـــد هذا القائل أنه اذا أراد امساك اللبن ورد الشــــاة يجرى فيها الخلاف فيما اذا أراد أن يفرد احـــدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الافراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عنـــد عدم اختلاط اللبن بلبن جديد ، وعلى قول لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فبمـــاذا يجبر البائع على قبوله ؟ وحقه فى التمـــر واللبن على ملك المشترى بمقتضى العقـــد ؟ فتلخص أن صاحب هـــذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث .

(السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ اذا قلنا الخيـــار فيها على الفور حتى اذا أخر بطـــل اجبار البائع عليه ، ويقتصر على رد الشـــاة ، أو نقول رد الشـــاة على الفور واللبن الى خيرة المشترى ؟ لم أر فى ذلك نقـــلا ، وهو يلتفت على ما تقـــدم من البحث فى أن ذلك هل هو بطريق الفســـخ أو لا ، فان كان بطريق الفســـخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا .

(السابع) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجـــز الرد » الى آخـــره هو الدليل الثانى فى كلامه الذى وعدت بالكلام عليه ، وهو دليـــل مستقل غير ناظر الى أن النقصـــان لأجل الاستعلام أو لا ، وبهـــذا يخالف ما قدمته من أن هـــذه المسألة ، ومسألة ما لا يوقف على عيبه الا بكسره جميعا ، يرجعان الى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب ، وهـــذا الدليل الذى ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتنـــاع رد اللبن مستلزما لامتناع افراد الشـــاة بالرد ، وعلل الأول بالنقص بالحلب ، والثانى بأنه افـــراد بعض المعقـــود

عليه ، وذلك غير النقص بالحلب ، فلم يحصــل الجمع بينهما به ، وانما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصـــان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص •

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره فى موضع آخــر وهو ما اذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجــوز افراد أحدهما بالرد ، اما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقــود عليه نقصــا • فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افــراد الشاة لنقصــانها بالافــراد والجامع بينهما مطلق النقصـــان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصـــان بالافراد مانعا ــ وان كان مانعا فى سائر المواضع ــ وجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعــل النقصان بالحلب مانعا ــ وان كان مانعا فى سائر المواضع ــ هــذا تقرير هذا الدليل ، ولابد من الجواب عنه اذ الأصح فى المذهب خلافه •

وطريق الجواب أن الأصــل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل فى موضع مخالفته فى كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذى استثنى لأجله نقصـــان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود فى النقصان بالحلب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين •

(الثامن) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبى حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبى اسحاق ولذلك الرويانى قال : ان أبا اســحاق أشار فى الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعــل القول بعــدم الاجبار قول أبى اسحاق ، وكلام أبى الطيب محتمل لـــا قاله أبو حامد ، ولـــا قاله المصنف ، فانه قال:لا يجبر عليه ، ذكره أبو اسحاق فى الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخــر أنه يجوز ، وبقية الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر فى شرحه الوجه الذى اختاره والوجه الآخــر •

(التاسع) أن هــذا كله فى رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال المـــاوردى والرويانى فى البحــر : جاز ، وقد تقــدم

ذلك عن البغـوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسـخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا ، وهو أحـد قولى المـالكية ، وأن ابن المنذر جعـله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجـوز ، فلينظـر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وان أجاز رد المصراة بدل اللبن » •

(فـرع) قسـم المرعتى العيب الحادث عند المشترى الى قسمين (أحدهما) المصراة يردها ناقصـة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولا واحـدا كالعنب والخيـار يغمزه بعـود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثانى) فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبة (والثالث) ثلاثة أقوال اذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه الا بكسره ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف نذكره هناك ان شاء الله تعالى •

(فـرع) اذا اشترى شاة وجز صوفها ، ثم وجد بها عيبا — ان كان الجزلاستعلام العيب — لم يمتنع الرد ، وجرى مجرى الحلب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعـة أوجه :

(أحدها) أنه يردها ويرد معها صاعا لأنه يقصـد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة •

(والثانى) أنه يردها لأن لبنهـا يقصـد لتربية الولد ، ولم يسـلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يبـاع ولايقصد بالعوض •

(والثالث) لا يردها لأن الجارية لا يقصـد فى العـادة الا عينها دون لبنها •

(والرابع) لا يردها ، ويرجع بالأرش لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصـود ، ولا يمكن ردها من غير عوض ،

لأنه يؤدى الى اسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ، ولا يمكن اجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش ، كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب) •

(**الشرح**) الكلام فى هذا الفصل ، والفصل الذى بعده يحتاج الى أصل ، وهو أن المنصوص عليه فى كلام الشافعى رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر : والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك فى الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعى رحمه الله فى المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص فى الحديث الذى لفظه « من اشترى مصراة » فانه عام ، وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على اثبات الحكم فى البقر اما بالنص واما بالقياس ، فان القياس فيها ظاهر جلى وهى فى معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها •

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان : فلا يظهر فيهما أنهما فى معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذى بعده للكلام فيهما ، والذى تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقه فى ذلك اما القياس وان كان ليس فى الجلاء والظهور كالأول ، واما ادراجها فى عموم قوله « من اشترى مصراة » والذى لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين فى عموم قوله : مصراة (اما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (واما) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : ان من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله فى الحديث : « بعد أن يحلبها » فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفى اطلاق الحلب على الجارية نظر •

(**واعلم**) أن قاعدة مذهب الشافعى رضى الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار فى المصراة جار على القياس ، واذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذى فيه صيغة

العمـــوم ، وانما ذكروا النص فى الابل والغنم ، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين :

(قسم) التصرية موجودة فيه فى غير الابل والغنم (وقسم) فيه معنى يشبه التصرية ، فذكر المصنف رحمه الله الجارية فى هــذا الفصــل والأتان فى الذى بعــده لأنهما ملحقان عند من يقول بالالحاق بالابل والغنم لشــمول التصرية بالجميع ، وذلك بعــد تجعيــد شــعر والجارية ، ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك آخره وله مراتب فى الشهـــور كتجعيد الشعر ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المـــداد على ثوب العبد فلا يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف •

ونذكر هــذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف فى تجعيد شعر الجارية ، وذكر المـــاوردى وجهين فى التصرية فى غير الابل والبقر والغنم ، فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثانى) وهو قول البغداديين أن التصرية فى كل الحيوان عيب •

(وأما) تصرية الجارية الذى هو محل كلام المصنف هنا ، فقال الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية فى الجارية كالتلبيس بالتصرية فى البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل آخــر ، وهو أن الأصــل فى خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم المدلس الخلف بالشرط ، وهو دونه ويقوى أثره فيما يظهر توجه القصد اليه ، فأما ما لا يتوجه القصــد اليه فلا يظهر التلبيس فيه ، قال : ويمكن أن يقال : هــذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التى بين الظهور والخفـــاء كما أشرنا اليه من قبل ، فان الشىء اذا كان لا يقصــد مما يجرى من تلبيس فيه وفاقا لا توهم ، ويمكن أن يقــرب مما تقــدم من وجه آخر ، وهو أن الضرع والاخلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك الثدى فى بنات آدم ، فان المشـــاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة • انتهى •

ومقصود الامام أن الثدى اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصـــل فيه قصــد التغرير غالبا ، فلم يتحقق كضرع الناقة والشـــاة الذى هو مرئى الغالب ، ومقصـــوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير

مقصود ، أي فى الغالب لأنه لا يقصــد الا على ندور لأجل الحضانه . فلا يلتحق بما هو مقصــود فى كل الأحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة وهو الثدى • اذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا ؟ على وجهين على ما تقدم عن المــاوردى •

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما) الرغبة فى رضاع الولد (والثانى) أن كثرة اللبن تحســن الثدى لأنه يعلو ولا يسترسل . هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف فى ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانت أخته فلا خيار ؛ لأن الوطء فى ملك اليمين غير مقصود •

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهــان وقيل قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا ، لمــا ذكره المصنف • وهــذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجــورى (والآخر) يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب ، وان كان متقوما ، وهــذا معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصــد بالعوض ، ولم يرد أنه لا يباع منفــردا ، لأن مذهبنا جواز بيعــه • وهــذا الوجه ذكره الصيدلانى وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى وفيما علقه سليم عن أبى حامد •

(والوجه الثانى) أنه لا يرد • وهــذا قول أبى حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجــورى ، وعلى هــذا فوجهان (أحدهما) وهو الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أى ولا شىء له لمــا ذكره المصنف رحمه الله . وهــذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والمــاوردى وغيرهم ، وهو مفرع على أن التصرية فى ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع فى كلام المصنف أنه لا يرد ويرجع بالأرش ، وصححه ابن أبى عصرون تفريعــا على القول بعدم الرد •

واختلف فى مأخــذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنيجى عنه من قوله : انه لا خلاف فى أنها عيب مســتدلا بما ذكره المصنف وهو حسن • واستدل ــ لأنه لا يمكن ردها من غير عوض ــ بأنها نقصت عنده ؛ فهــذا الوجه بهــذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة

على القولين بأن التصرية فى ذلك عيب ، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة فى التعليقين • ونقل الرويانى عن الدارمى أنه على القول بأنه ليس بعيب ، فانه يرجع بالأرش . وغلطه قال : لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الداركى أنه لا يرد ، لأن الحلب عيب حادث ، فقال يرجع بالأرش (قلت) وينبغى أن يحمل كلام الدارمى على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب • هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله فى ذلك • وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شىء • وان أوجبنا الصاع فههنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن منقوما ، وان كان له قيمة فلابد من بدله • وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان • وهذا التخريج حسن (والأصح) من هذه الأوجه عند الرافعى وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل اللبن ، وهو الثانى فى كلام المصنف رضى الله عنه • قال الرويانى فى البحر : وهذا أقرب عندى (والأصح) عند القاضى أبى الطيب والجرجانى أنه يردها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال ابن أبى عصرون : انه الأقيس به فى المرشد •

وقد تقدم فى باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ، وهو رد ما صححه القاضىأبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن غنم . وعلى ما تقدم من تخريج الامام رجع النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله ، كما قال الامام ، قال : لأن نفى البدل فى هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجبه قياس •

(فرع) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره الماوردى ، ولم يذكر الماوردى فى الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا فى كلام المصنف رحمه الله • قال العبدرى : لنا فى تصرية لبن الجارية قولان ، وفى الأتان وجهان ؛ فاقتضى كلامه أن الخلاف فى الجارية منصوص عليه ،

وكذلك رددت القول فيما تقـدم فى ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟ والله اعلم •

(فـرع) من جملة العلمـاء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر فى الابل والغنم البخارى رحمه الله . فانه قال فى تبويبه : باب النهى « للبائع أن لا يحفـل الابل والغنم والبقر وكل محفلة . والمصراة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما » ولم يذكر فى الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله اعلم •

(فـرع) حكى المصنف فى التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثانى) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن . فالثانى فى التنبيه هو الثانى فى المهذب ، والأول فى الثانى يحتمل أن يكون هو الثالث فى المهذب ، وهو أنه لا يردها . ولا شىء له . ويحتمل أن يكون هو الرابع • وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، ويحتمـل أن يكون مقصـوده عدم الرد الذى هو مشترك بين الوجهين . ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول •

وقال ابن الرفعة فى قول التنبيه : انه لا يرد • قال : أى ويأخذ الأرش وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لمـا تقـدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ؛ لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ ؛ وهو الاحتمـال الذى قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى ، والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أتانا مصراة ، فان قلنا بقول الاصطخرى : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببدل (والثانى) يمسكها ويأخذ الأرش ،لأنه لا يمكن ردها مع البدل ، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لمـا فيه من اسقاط

حق البائع من لبنهــا ، ولا امساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسـلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش) .

(**الشرح**) الأتان الأنثى من الحمــر ، وقول الاصطخرى رحمه الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده الامام من هفوات بعض الأئمة . وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمته وهــذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقــدم أن تصرية الأتان هل هى عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف فى أنها عيب كما تقــدم أنه مثل ذلك فى الجارية ، اذا عرف ذلك ففى حكم تصرية الأتان طرق .

(احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها، ورد بدل اللبن (وان قلنا) بنجاسته فقيل : يردها ولا يرد معهــا شيئا . وقيل ، يمسكهاويأخذ الأرش ، وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد .

(الطريقة الثانية) التى ذكرها المــاوردى من العراقيين ، والقاضى حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ فى المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا (وان قلنا) بطهارة لبنها . وهو قول الاصطخرى . فهل يرد معها صاعا من تمــر ؟ على وجهين كالجارية واناث الخيــل . وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التى ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الجــزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعا من تمــر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا بدل له ولا قيمة ، وهــذه تخالف طريقة المــاوردى ، فان المــاوردى يتردد فى رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله فى قوله انه يمسكها ويأخــذ الأرش ، وقد نقل الشاشى عن القاضى أبى الطيب أن الأوجه التى فى الجارية فى الأتان على قول الاصطخرى فهذه الطرق الثلاثة فى طريقة العراقيين ، وبعضها فى كلام الخراسانيين كما تقدم .

(والطريقة الرابعة) التى ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشىء ، ولكن لا يبعــد اثبات الخيار ، اذ قد يقصــد

غزارة لبنها لمكان الجحش ؛ فيلتحق هـذا الخيار بقبول التردد ، وان حكمنا بأنه طاهر فكذلك ، فان اللبن المحـرم لا يتقوم ، وان حكمنـا بحله فالقول فى تصرية الأتان كالقول فى تصرية الجارية ، وقد تقـدم كلامه فى الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة المـاوردى فى الحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفها فى أن المـاوردى لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفى أن المـاوردى لم يبين الخلاف فى الرد على الخلاف فى النجاسة ، وانما حكى الخـلاف فى الرد وفى سائر الحيوانات غير الابل والبقر والغنم •

(فان قلنا :) بشـمول الحكم للجميع ، فالمـاوردى جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، يرد الأتان ولا شيء معهـا ، والامام مقتضى كلامه التردد فى ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضـا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرش ، والمصنف لم يتعرض لطهـارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم • ولم يتعرض ابن عبد السلام فى اختصـار النهاية لمـا أشار اليه الامام من التردد فى ثبوت الخيار ، فتخلص من هـذه الطرق أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردها ويرد معها بدل اللبن •

(والثانى) أنه يردها ولا يرد معها شيئا • وهـذا هو الصحيح عند الرافعى وغيره • وهو الذى جزم به المصنف رحمه الله فى التنبيه •

(والثالث) أنه لا يردها ويأخذ الأرش •

(الرابع) الذى دل عليه كلام الامام أنه لا يردها ولا شيء له ؛ لأنه جعـل ذلك من صور الخلاف • ومراده به الحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التى تقدمت الاشـارة اليها ، ويأتى ذكرها ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله فى تجعيد شعر الجارية • واذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له • وكذلك يقتضيه كلام المـاوردى حيث ألحق الأتان بالجارية • وحيث حكى الخلاف فى سائر الحيوان مطلقا غير الابل والبقر والغنم • كما تقـدم عن البصريين والبغداديين فى أن التصرية فيهـا عيب • أو ليست بعيب • وكلام غيره أيضـا • وهذا الوجه ليس مذكورا فى كلام المصنف

رحمه الله • والأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله ان لا خلاف فى أنها عيب •

والوجه الرابع القائل بعدم الخيـار مستمد من الوجه الذى تقدم عن البصريين أن التصرية فى ذلك ليست بعيب • فيجوزون الأوجه الأربعة : وهى نظير الأوجه الأربعة التى ذكرها المصنف رحمه الله فى الجارية وان كانت المـآخذ مختلفة • وقال ابن أبى عصرون على قول الاصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم فى التفريع عليه : انه يرد مثل بدل لبن الشـاة قال : وعندى ينبغى أن يرد الأرش • لأن لبنها لا يسـاوى لبن الأنعـام ولا يلحق به فى تقدير بدله • كما أن جنين البهيمة لـما لم يسـاو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من قيمة الأم • وهـذا الذى ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله ممـا يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعـام وان كان أنقص قيمة منهـا فان بعض الأنعـام لبنهـا أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك فى الجارية ، ولم يقـل به هنـاك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ، والله أعلم •

(فـرع) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن الا لتسـلم نه الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقـدم فى الجارية « ولم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة فى بعض النسـخ ــ بضم التاء وفتح السين وتشـديد اللام المفتوحة ــ والأحسن أن يقرأ ــ بفتح التـاء واسكان السين وفتح اللام المخففة ــ فان البائع سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت فى ذلك السلامة للمشترى •

(فـرع) جزم المصنف فى التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد بدل اللبن وتردد فى رد الجارية مع الجـزم فيهـا بأنه لا يرد بدل اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده فى رد الجارية فلأن لبن الأتان مقصـود ولا يساويه لبن الجارية فى ذلك ، وعلى قوله فى المهذب : انه لا يرد قال : انه بأخذ الأرش يكون اللبن فى الأتان مقصـودا فلم بتردد قوله لا فى المهذب ولا فى التنبيه فى أن لبن الأتان مقصـود ، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسـته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجها رابعا بعـدم الرد مطلقا . وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود ٠

وأما جزمه فى التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ؛ فانه تفريع على المذهب فى نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب اليه الاصطخرى ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهـذا الذى قاله ابن الرفعة وان كان الخلاف ثابتا فيه كمـا تقـدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه فى المهذب جازم على قول الاصطخرى : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه فى التنبيه على المذهب : فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمـل كلامه فى التنبيه على طريقة وكلامه فى المهذب على طريقة أخـرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة فى ذلك ، والله تعالى أعلم ٠

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ابتـاع شـاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسـة أرطال ، ففيه وجهـان ، بنـاء على القولين فيمن باع شـاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصـح ، لأنه شرط مجهـول فلم يصـح (والثانى) أنه يصـح لأنه يعـلم بالعـادة فصـح شرطه ، فعلى هـذا اذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد) ٠

(الشرح) هذه المسألة جزم الرافعى رحمه الله فى باب البيوع المنهى عنها فيها بعـدم صحة البيـع ، وصرح فى الروضة بأنه يبطل البيع قطعـا لأن ذلك لا ينضبط فصـار كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعى للمسألة فى باب التصرية ؛ وابن الصباغ ذكر المسـألة هنا وجزم فيها بالبطـلان . وكذلك صاحب التتمة قبل هـذا الباب صرح وجزم بأن العقـد فاسـد ؛ وقال مع ذلك : انه اذا شرط أنها لبون فان كانت تدر لبنـا ــ وان قل ــ فلا خيار له ؛ وان لم يكن لها لبن أصـلا فله الخيـار . وكذلك قال غيره ؛ ونقلوا عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان فى هـذه أيضـا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد ؛ قاله الرويانى ٠

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ؛ وصرح صاحب العدة حكاية الوجهين فى مسألة الكتاب كما حكاهما المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيها بل الذى رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبى عصرون وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة •

وقال الرويانى فى البحر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصح قولا واحدا • قال : وقيل : فيه وجه أنه يصح ، وقال ابن أبى عصرون فى الانتصار : انه لا يصح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف فى حكاية الخلاف فى المسألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج ، وممن حكى الخلاف أيضا فى هذا الباب العمرانى ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاه فيما اذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا ، والمشهور فى المسألتين القطع بالفساد ، ولم أر الخلاف الا فى كلام المصنف والرويانى وصاحب العدة أيضا •

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف فى النقل ؛ فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة التى خبرها البائع وجربها دائما وهى تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه ، فهذا العقد الذى جرب وجوده منها فى جميع الأيام يغلب على الظن دوامه ، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمرانى فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان •

(أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن ، واشتراط الحمل ، فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف فى الحمل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به •

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب (احداها) يشترط مقدار أو وصف فى الحمل وهذا لا يصح قطعا ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه •

(الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهذا يصح على الأصح ؛ لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة •

(الثالثة) اشتراط مقــدار من اللبن ، فهــذا قدر يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحــوها ؛ ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرا فلذلك جرى التردد فيه •

(الثانى) أن بنــاء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحه اشتراط الحبل ؛ لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعــوا به ، والفرق ما قدمته وجعلته من رتبة منحطة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله أعلم •

(**التفريع**) اذا قلنا بالصــحة فى ذلك فأخلف فله الخيـــار بين الامســاك والرد كما قال المصنف ، كالمصراة ، بل أولى من حيث المعنى ، لأن هــذا بشرط صريح ، وذاك بما يقــوم مقامه من التغرير ؛ ومقتضى الحاقها بالمصراة أنه ان حصــل الخلف قبل الثلاث يجــرى فيها الخلاف المذكور فى المصراة فى أنه يمتــد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على الفور أو لا يثبت الا عند انقضــاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة ، ولا يأتى ههنا قول أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذه أن الخيار ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضــا الخيار فى التصرية خيار عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطرآن حادث يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيــار ، لأن ذلك غير لازم للبائع ، لأن سببه ما حدث فى يد المشترى ، وان لم يظهــر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضــا لأنه لــا دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط • وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعــد ذلك بمدة طويلة محمــول على تغير طرأ ؛ وكذلك فى المصراة لدوام اللبن مدة ، ثم حصــل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية • بل ذلك محمــول على نقص حادث ، وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقـدار المـدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير ؛ فتغيره بعـد ذلك لا يؤثر • وتكون الثلاثة ضابطا لذلك لاعتبار الشارع اياها فى هذا الباب • ويحتمـل أن لا يضبط بمدة معينة ؛ بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارىء • والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ابتـاع جارية قد جعـد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو سـود شـعرها ثم بان بياض شـعرها ، أو حمـر وجهها ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمـن فثبت به الخيـار كالتصرية ، وان سبط شـعرها ثم بان أنها جعـدة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا خيار له ، لأن الجعـدة أكمل وأكثر ثمنا •

(والثانى) أنه يثبت له الخيـار ، لأنه قد تكون السبطة أحب اليه وأحسن عنـده ، وهـذا لا يصـح ، لأنه لا اعتبـار به ، وانمـا الاعتبار بما يزيد فى الثمـن ، والجعـدة أكثر ثمنـا من السبطة ، وان ابتـاع صبرة ثم بان أنها كانت على صـخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجـودة ، ثبت له الرد لمـا ذكرناه من العـلة فى المسـألة قبلهـا) •

(الشرح) الفصـل يتضمن مسـائل من التغرير الفعلى ملحقة بالمصراة ؛ اما بلا خلاف واما على وجه ، وقد كنت أشرت فيمـا تقدم الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ؛ ولنجعـل ذلك مقدمة على مسائل الفصل •

قال الامام : ان أئمة المذهب نصـوا بأن كل تلبيس حال محـل التصرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جعـد الرجل شـعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيـد الخلقة • ثم زال ذلك ثبت الخيـار للمشترى • فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعـودة . وقد طردت فى هـذا مسلكا فى الأسـاليب ؛ واذا جرى الحالف بشىء لا ظهور له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطـة من مداد فهـذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فاذا أخلف الظن ففى ثبوت الخيار وجهان واذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل فى الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه •

هذا كلام الامام ، وهو منبه على المراتب الثلاث التى يثبت الخيار فيها جزما والتى لا يثبت جزما ، والتى يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التى يجزم بعدم الخيار فيها اقتصارا منه على ما يلحق بالتصرية جزما أو على وجه ، اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة •

(منها) اذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياسا على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجعودة والسبوطة (وأيضا) الجعودة قيل : انها تدل على قوة الجسد والسبوطة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان •

(أحدهما) أن يكون المشترى قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الأكثرون وابن أبى هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثانى) وبه قال القفال وجماعة ، وهو الأصح عند الماوردى الصحة ، فعلى الأول لا تأتى المسألة ، وعلى الثانى اذا لم يره لا يثبت الخيار الا اذا شرط • وقد قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد ، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب اذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لابد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثانى يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما اذا شرط أنها جعدة ، وفى كلام الرافعى ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط • وان فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوى الحالتان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما ، ففى كون المسألة منصوصة للشافعى لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف فى المذهب فيها •

قال القاضى حسين فى رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا فى قول الشافعى رحمه الله : « ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد » من أصحابنا من حمله على الشرط • ومنهم من قال : أراد اذا جعد شعرها بالتدليس •

(الشرط الثانى) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، والأكثرون ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه اذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفريط ، أما اذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا ، فهذا هو المثبت للخيار ، وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره باذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفورانى فى الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما اذا تحفلت الشاة بنفسها • وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفى الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغى أن يكون هنا كذلك •

وكلام ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار فى ذلك ، فانه قال : ان نظر الى شعرها فرآه جعدا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما اذا تجعد بنفسه وما اذا جعده ، وكذلك عبارة الماوردى فى الحاوى والفورانى أيضا فى العمدة وهو الظاهر ، فانه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب انما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا • وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى فى العادة فأفرض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفورانى من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالى فى الوجيز ، فيكون جزمه فى تجعيد الشعر بنفسه على ذلك •

(تنبيه) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر اذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط ، فان ذلك مكروه أيضا • وأحسن

الشعر ما كان بين ذلك . وقد جاء فى وصف شعر النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا . ليس بالجعد القطط ولا بالسبط » وفى رواية أخرى « لم يكن بالجعد القطط ولا بالسبط ، كان جعدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرها أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم .

(المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى اذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف ، والكلام فيه كالكلام فيما اذا جعد شعرها حرفا بحرف . وقياس ما قاله الفورانى فيما اذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى ههنا ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضى أبو الطيب . وهذه اللفظة مذكورة فى المهذب فى باب الاحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون .وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام — و (الكل) الورد و (الكون) اللون . أى لون الورد . وهى لفظة عجمية معربة . هكذا قال النووى رحمه الله فى التهذيب . ومن مسائل هذه المرتبة اذا بيض وجهها بالطلاء ثم اسمر . قاله القاضى أبو الطيب رحمه الله . والطلاوة بياض .

وكذلك اذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن تسعر الذابة ، قاله المحاملى فى المقنع . وكذلك لو كان له رحى قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة[1] أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشترى أن الرحى كثيرة الماء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن الماء قليل . اتفق الأصحاب عليها . وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها . كذلك اذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا اذا أرسل الزنبور فى وجه الجارية فانتفخ وظنها المشترى سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهرا بلون البلخش أو العقيق أو الياقوت ، فظنه المشترى كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح

(١) كذا ولعل فى العبارة حذفا يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها الماء ثم ... » .

بيعه صح . اتفق الأصحاب فى جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار . لما ذكره المصنف رحمه الله .

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحترز به مما لا يختلف به الثمن ، كالمسألة الثانية اذا سبطه فبان جعدا ، فان الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ، ولكن باعها مطلقا فوجدها المشترى بيضاء الشعر ، فسيأتى حكمه بالرد بالعيب ان شاء الله تعالى . ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا ، والمشترى يظنه عقيقا أو فيروزجا . قال القاضى حسين : لا خيار له كما لو اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشترى حاملا ولم تكن فلا خيار ، ولك أن تقول : اذا ظن المشترى من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعدم الخيار . وأما اذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ، وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه سيأتى ان شاء الله تعالى . فينبغى أن يكون كما اذا تحفلت الشاة بنفسها فيجرى فيها ذلك الخلاف . وكذلك اذا تلون الجوهر من غير فعل البائع ، ينبغى أن يجرى فيه الخلاف . ويكون حكمه حكم الشاة اذا تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن .

(المرتبة الثانية) ما فى ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على قسمين . منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن . ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل مما ظنه . ولنقدم الكلام فى هذا . فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر : فلاشك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبط أشهى الى بعض الناس ففى المسألة طريقتان (احداهما) ما ذكره المصنف وارتضاه الامام واقتصر الرافعى عليها ، أن فى المسألة وجهين كالوجهين فيما اذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة : ففى الخيار بالخلف فى هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا (اصحهما) فى المسائل الثلاث أنه لا خيار : والذى حكاه الماوردى عن ابن سريج فى شرط السبوطة .

(والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار فى التدليس بالسبوطة وجها واحدا وان ثبت فى الخلف باشتراطها ، قال الصيدلانى : وجعل

ذلك ضابطا عاما أن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا . وجها واحدا ، فالتدليس الظاهر فيه كالشرط ؛ فاذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان فى الخيار وجهان . فاذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل فى الباب عن القول . قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه . والتدليس فى ظاهر الفعل كالقول فى مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فاذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففى الخيار الوجهان عندنا .

قال ابن الرفعة : ولك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلانى تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التغرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار فى المصراة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، واذا كان كذلك لم يحسن اثباته اذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلانى فى قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ؛ فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له .

(**قلت :**) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلانى انما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول . وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسبوطة ؛ فان لم يكن الفعل والظن معتبرا فى الثانى لم يكن معتبرا فى الأول ؛ فلا يثبت الخيار فى واحد منهما ؛ وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل بأعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك فى الصورتين . أما الحكم بثبوت الخيار فى الأولى قطعا كالقول وعدمه فى الثانية قطعا لا وجه له . ولو كان الصيدلانى سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت فى الأولى بالعيب ومنتف فى الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط فى الصورة الأولى ؛ وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : ان ذلك تحكم .

(الثانى) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار فى التصرية

مأخذه الالحاق بالعيب . معناه الاكتفاء فى ثبوته بفوات الذى وطن المشترى نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة ؛ حتى يثبت فيما اذا تحفلت الشاه بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار ، الا اذا كان حاصلا بتدليس من البائع كما تقدم ؛ واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا لأن المشترى وطن نفسه على السبوطة لما رآها ؛ وقد يكون له فيها غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من السبوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب ، اذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ، ويدلك على هذا أن الصحيح — كما تقدم — أن التصرية ملحقة بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين : فلو كان المأخذ فى ذلك الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا . وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار : فلأن الصحيح من الوجهين فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك ؛ والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على الحاقه بالتصرية وانما الخلاف فى الرد بحكم ذلك : فعلى وجه يرد كما فى التصرية . وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة اليها فى كلام الامام ، وانما ذكرته فى المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف فى الجملة ، نعم كلام الصيدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصور الفعل يقتضى التردد فى الحاقه بالتصرية ، وقد تقدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به اى لا اعتبار بغرض المشترى . وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمن . لأنه المعتبر لعموم الناس . وهذا سيأتى مثله أيضا فى كلام المصنف فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت

بكرا ، وقد حكى الرويانى فى البحــر أنه لو صرح باشتراط السبوطة فخرجت جعــدة ، قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيــار وجها واحــدا لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان • فحصــل فى كل من المســألتين طريقان (الصحيح فيهما) اجراء الوجهين وقيل فى المسألة الشرط يثبت قطعا ، وقيل فى مسألة التدليس لا يثبت قطعا •

(القسم الثانى من هــذه المرتبة الثانية) التى هى محل الخلاف ما يضعف الظن فيه • والخلاف فى هــذا القســم فى الحاقه بالتصرية لأجل التغرير والظن ، أولا لضــعف الظن فى هــذا القسم وقصــوره على الشرط والظن المســند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرت العــادة به بخلاف تســويد الشعر ونحوه ، وكذلك الخلاف فى هــذا القسم ، فمن ذلك لو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتبا أو خبازا فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتلبيس (وأصحهما) عند الرافعى وغيره لا خيار وبه جزم الجرجانى ، لأن الانســان قد يلبس ثوب غيره عارية ، فالذنب للمشترى حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير ، وعلى هــذا لو ألبســه ثوب الأتراك فظن المشترى أن المملوك تركى وكان روميــا ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صــاحب التتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنهــا ، فتخيل المشترى كونها حاملا قاله الامام والمتولى قولا عن الأصحاب والرافعى •

كذلك لو أرسل الزنبور فى ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشترى لبونا قاله المتولى والرافعى أيضــا ، لأن الحمــل لا يكاد يلتبس على الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدى ، بخلاف صورة التصرية ، وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيــار فى مسألة تحمل الحمــل منسوب الى أبى حامد ، وقال ابن الرفعــة : وظاهر كلام الأصحاب فى ذلك يدل على أنه مفــرع على أن الحمــل فى الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين فى الرافعى فى كتاب الصداق والموجود فى أكثر الكتب •

أما اذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده فى التهذيب ، فيظهــر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة ،

لأن الأغراض تختلف به وان كان يعــده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه •

(قلت :) وكان مراده بذلك أن يأتى فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيـــار • كما قال الصيدلانى هناك ، وانتصر له • وان كنت قد بينت هناك ما يرده من كلام الصيدلانى أما ههنا فلا يأتى ما تقــدم من الاعتراض بكلام الصيدلانى ، ولكن قد يقال : الحمــل وان كان عيبا فقد يقصـــده بعض العقـــلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهـــذا يصح اشتراطه فى الجارية على الأصح ، وان كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس •

(والطريقة الصحيحة) اجراء القولين فى اشتراط حمل الجارية • والطريقة القاطعة بالصـــحة فيها لأجل أن الحمل فى الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف • والأصح أن الحمــل فى الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره فى كتاب الصـــداق ، فليس نقصـــا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعــدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة • فلذلك يثبت به الخيار •

وقال ابن الرفعة فى كتاب البيع : انا اذا قلنا : انه عيب فأخلف فلا خيار له كما اذا شرط أنه سارق فخــرج غير سارق • وفى كلام الرافعى رضى الله عنه ما يقتضى أن هــذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك انما يأتى اذا قلنا الحمــل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد • فانه قد يكون مقصـــودا للعقـــلاء ويرغب فيه فى بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض •

(المرتبة الثالثة) التى لا يثبت فيها الخيـــار قطعا ، وهو اذا جرى الخلف بشىء لا ظهور له ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطـــة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا ، هكذا ذكره الامام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما فى المرتبة الثانية ، وأما اذا كان وقع المـــداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الرويانى فيما اذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتبا طريقين :

(أحدهما) أن فيه وجها واحــدا ، لأنه يحتمــل أن يكون استعار ثوبا . فقد ظن فى غير موضعه ، فهــذا الذى قاله الروياني يحتمــل أن يكون فى المســألة من حيث الجملة ، ويحتمــل أن يكون القطع فى محل ، والخلاف فى محل آخــر على ما تقدم ، ويحتمــل أن يكون الطريقان فى هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقــدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية ، وانمــا ذكر مسألة سبوطة الشعر وقد نبهت على أنها ــ وان كان فيها خلاف فى الرد ــ فليس ذلك اختلاف فى الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغى أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعــده مسألة هى من المرتبة الأولى التى لا خلاف فى ثبوت الخيــار فيها ، وهى اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة ، أى وان كان الكل جيــدا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشترى عند العقــد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطــلان العقد ؟ وفيه وجهان (أصحهما) لا ، ولكن للمشترى الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لمــا ظهر فى منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى فى باب السنة فى الخيــار فى الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهــذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) وممن جزم به المــاوردى فى باب الشرط الذى يفســد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

(والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمــد يتبين بطلان العقــد ، لأنا بنينا بالآخــرة أن العيان لم يفــد علما ، هــذا اذا ظنها مســتوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق (أصحها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وان كان منسوبا الى بعض المحققين .

(**فان قلنا :**) بالصــحة فوقت الخيار هنا معرفة مقــدار الصبرة أو التمكن من تخمينــه برؤية ما تحتهــا ، والوجهــان فى حــالة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما اذا بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة ، فالتبييس حاصل كمسألة المصراة ، وتجعيد الشعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها فى غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد ، وانما المشهور فى كلام الأصحاب اذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا ، أما اذا وجده دون ظاهرها فى الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن فى كلام الشيخ ما يحتمله ، فانه قال فى باب الشرط الذى يفسد البيع : ان نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم ، وان كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع .

وقد قال الامام عند الكلام فى بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظى عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمال ظاهر عندى ، وانما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجعيده ، والخلاف فيها لنير الحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه ، والله تعالى أعلم .

وقد يقال : ان العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف .

(والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ، ودلالة تلطخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب الى تفريط ، وقد نص الشافعى رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه ان خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز ، وان خلطهما أو حنطتين احداهما أرفع فلا بأس ببيعها اذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل

على أنه اذا جعـــل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار •

(فـــروع) اذا أسلم اليه فى جارية جعدة فسلم اليه جعــدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضى أبو الطيب •

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففى الرد وجهان فى الحاوى وغيره • قال فى المجـــرد من تعـــليق أبى حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتى الوجهـــان فيما اذا شاهد شعرها أبيض فبان أســـود كما فى السبوطة ، وكذلك فى البحـــر • لكنه فى نسخة سقيمة لم أثق بها الخيـــار فى تلقى الركبان مستنده التغـــرير كالتصرية ، وكذا خيار النجش ان أثبتناه • ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هـــذا الشىء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فان المشترى يغتر بما يقوله ويزيد فى الثمن بسببه ، قاله القاضى حسين وغيره ، والله تعالى أعلم •

(فـــرع) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هـــذا الفـــرع فى مناظرة جرت بين الشـــافعى ومحمـــد ابن الحسن بعضهم عن الاملاء وبعضهم عن القـــديم قال الشـــافعى : قال لى محمد بن الحســـن : فما تقولون فيما اذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيهـــا لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ •

(قلت :) نعم فقال : اذا رد أيرد شيئا لأجل اللبن ؟ •

(قلت :) لا ، هـــكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصـــل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقـــد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقـــد ، فلم يتقسط عليه شىء من الثمن فلم يجب رد قيمته •

واعترض الامام على ذلك بأنا اذا كنا نردد القول فى أن الحمـــل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم فى الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة . ويأخذ الضرع فى التقطير ، ولكن الوجه أن نجعـــل اللبن كالحمـــل فى مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقســـط ، فالجواب

ما حكوه (وان قلنا) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ، وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر • وحكى الرافعي ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟ قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره فذاك ، والا فالقول قول المشترى ، فهذه أربع طرق ، وفي تعليق أبي على الطبرى عن ابن أبي هريرة أنه يردها قولا واحدا ، ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين ، وفي هذا موافقة لصاحب التهذيب ، وفي تعليق الشيخ أبي حامد التى بخط سليم ، وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما تفصيل لابد منه ، وهو أنه اذا لم يمكن هناك رد اللبن المحلوب ولا رد شيء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجودا في حالة العقد وانما حدث في ملكه وان كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم له ، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة العبد ، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البدل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن في ضرعها لبن(١) مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلبها ثم علم بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناوله لاستعلام العيب ، فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضى أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن ، وانه نص عليه في القديم ، لأن لبن غير التصرية يسير ، قال أبو الطيب والشاشى : والأول أقيس ، واذا ضممت

---

(١) لبن هنا اسم لـ (ان) بدون تنوين لأنه مضاف والمضاف اليه مجتمع الذى أضيف اليه لبن العادة فهنا تتالى اضافات فانتبه •

(المطيعى)

ما ذكره الرافعى والمـاوردى الى ما اختاره هو لاجتمـع فى المسألة فى هـذا القسم خمس طرق :

(أحدها) امتناع الرد • وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقـاضى أبى الطيب ومن وافقهما •

(والثانى) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا ، وهو المحكى عن نصه فى القديم • والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد ، ولم أره فى تعليقه فى هـذا القسم صريحا ، وانما ذكره مطلقا • وأما أبو الطيب فانه صرح به فى هـذا القسم كما ذكرت •

(الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب : انه يردها ويرد صاعا من تمر •

(الرابع) قول المـاوردى : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع •

(الخامس) قول الامام التخـريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمـر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال المـاوردى ، لم يصرح الامام فى ذلك بشىء •

وان كان اللبن باقيا فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما ينبنى على الوجهين المتقدمين ، فيمـا لو كان اللبن باقيا وطلب المشترى رده مع المصراة (ان قلنا) يرد رده وردها بالعيب (وان قلنا) لا يرد يرجع بالأرش ولم يتعرض الرافعى رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والمـاوردى لحالة بقـاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصـاع التمر • لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب ، والمـاوردى يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتعـذر العـلم بمقدار اللبن ، الا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمـل لكلام صاحب التهذيب وكلام المـاوردى كما تقـدم ، فعلى هـذا يأتى فى حالة بقاء اللبن أيضـا ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئا ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمـر ، أو الرد مع رد البدل غير التمـر ، أو التخريج على المقابلة بالقسط •

وفى هذه المسـألة اذا قلنا برد الشـاة مع اللبن عند مقابلة شىء ليس فى مسألة المصراة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشترى مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشـاة وحدها مع التمـر • وأما هنا على هـذا القول فانا نقول : اما أن يرد اللبن والشـاة ، واما أن لا يرد شيئا ، ولا نقـول ان له رد التمـر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمـر ، وانما يمتنع ، فكذلك اذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخـرى ورد عليها العقـد فى غير التصرية ، والله أعلم •

(تنبيه) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شىء بدل اللبن يقـول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصـلا يقول بأنه مقابل بالقسـط ، فيشبه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعـود الطريق الى القسم الأول الى أربعة فى الثانى الى خمسة ، وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها فى ظاهر العبارة ، والله أعلم •

واذا وقفت على ما تقـدم علمت أن الذى ينبغى أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، اما امتناع الرد فى القسـم الأول كما اختـاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضى أبو الطيب : انه الأقيس ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسـط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لمـا فيه من تفريق الصـفقة ، ورد الشـاة بعد تعيبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصـاع الذى جعل بدلا عن اللبن ورد فى المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك فى القسـم الثانى ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين فى رد لبن المصراة عند بقائه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البنـاء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخـذ الأرش ، وأخذ الأرش فى القسـمين اذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفـا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا فى القسمين •

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمـر مطلقا فى القسمين ففيه بعـد • فان فى الحديث الوارد فى المصراة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمـر كما قال صاحب التهذيب ، وان لم يصـح قياسها على المصراة وجب أن يجـرى فيها على حكم القياس • فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : المـاوردى مخالف للأمرين جميعا • فأصح الأقوال وأحسـنها أحد القولين ، اما قول أبى الطيب ومن وافقه ، واما قول صاحب التهذيب • وفى كل منهمـا مرجح •

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لمـا علم من الشـارع فى المصراة أن بدل اللبن صاع من تمـر وجب أن يكون ذلك بدلا له فى المصراة فى غيرها ، لاسيما والمعنى الذى ثبت لأجله من قطـع التنازع موجـود ههنا • فيثبت بالقياس على المصراة ، وأما قول الشيخ أبى حامد وأبى الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى فى غير المصراة ، وقصر الحـكم الوارد فى الحديث على محل النص • لكونه مخالفا للقياس فلا يتعـدى به محله ، والمختارون لهـذا القول من العراقيين أكثر • وقال صاحب العـدة : انه ظاهر المذهب ، وعنـدى فى الترجيح بين القولين نظـر ، ان قوى القياس على المصراة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبى الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه • والقلب الى ما قاله هؤلاء أميـل منه الى ما قاله صاحب التهذيب • والعجب أن الرافعى لم يتعرض لهـذا ولا حكاه • هـذا اذا كان عند العقـد لبن موجود له قيمة • فان لم يكن كذلك جاز رد الشـاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه •

واعلم أن اطلاق النص يقتضى أيضـا مخالفة قول الأكثرين • وقول صاحب التهذيب وقول المـاوردى وأنه يردها ولا يرد معها شـيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضـاه نقلهم له عن القديم ، واما أن يكون محمـولا على ما اذا كان لبن يسـير • أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمـن على ما صرح به الشـافعى رضى الله عنه فى الأم وحكيناه فى غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم • الا اذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن •

ويحتمل أن يحمـل قول الشافعى رضى الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن . أى اللبن الحادث ، فان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال : « واذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ، وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فانه سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته . والله أعلم .

(فرع) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين ، فترجموا الأول بباب بيع المصراة ، وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها . لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : « اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ انها لسمينة ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : ان بخفها نقبا . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيــه ، ولا يحــل لمن يعــلم ذلك الا بينه » فان باع ولم يبين العيب صــح البيــع • لأن النبى صلى الله عليه وسلم صحح البيــع فى المصراة مع التدليس بالتصرية) •

(الشرح) حديث عقبة بن عامر هــذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم فى المستدرك وقال : هــذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه • فأما حــكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعــة ، وأما قــوله انه على شرط الشيخين ففيه نظــر، لأن فى رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقى ، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخارى ، وانما هما من أفراد مسلم •

وللحاكم شىء كثير مثــل هــذا ، وذلك محمــول منه ــ والله أعلم ــ على أن الرجال المذكورين فى اسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وان تأتى ذلك فى النادر فانه يصعب فى الأكثر ، ولعــل عند البخــارى شيئا من حال الشخص الذى لم يخــرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعــوى أنه على شرطه فيهــا ما علمت • نعم هــذا الحديث على شرط مســلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقين متفق عليهم •

وقد ذكر البخارى فى جامعه الصحيح هــذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال فى (باب اذا بين البيعــان ولم يكتما ونصحا • وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرىء يبيع سلعة يعلم بها داء الا أخبره ») أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقــدح فى رواية من رواه مرفوعا ؛ وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذى ســمعه من النبى صلى الله عليه وسلم •

(واعلم) أن فى لفظ الحديث فى رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة فى اللفظ لــا ذكره المصنف رحمه الله فى الكتــاب ؛ فان لفظ ابن ماجه « المســلم أخو المســلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحكام كذلك ، وكذلك البيهقى عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه له » وليس فى شىء من الروايتين التقييد بالعلم كما فى كلام المصنف رحمه الله ، وان كان العلم لابد منه فى التكليف ، ولكن ترك ذكره كما فى الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فانه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للاثم بسببه ، نعم التقييد بالعلم مذكور فى الأثر الذى ذكره البخارى من كلام عقبة ، وبقية المخالفة فى اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذى لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة فى صحة البيع كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر الفصل •

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عبس — بباء موحدة من تحت ساكنة — الجهنى ، وفى نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح فى كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفى بها فى آخر خلافة معاوية ، وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة •

وحديث واثلة بن الأسقع الذى ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق أبى سباع المذكور ، وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وفى حكمه بصحته نظر فانه من رواية أبى جعفر الرازى عن يزيد بن أبى مالك عن أبى السباع ، وأبو جعفر الرازى وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمى ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازى وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سىء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازى : يهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوى وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجى أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير ، لا يعجبنى الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات •

وأما يزيد بن أبى مالك فقال يعقوب الفسوى : فى حديثه لين وابنه خالد ، هـذا ما قاله الفسوى ، وقال أبو حامد : من فقهاء الشام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد ابن عبد الرحمن بن أبى مالك ، وقد روى عنه واثلة نفسه ، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوى .

وأما أبو سباع فشامى تابعى لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة ابن الأسقع الراوى لهـذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف فى نسبه الى ليث ، ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبى صلى الله عليه وسلم يتجهز الى تبوك ويقال انه خدم النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى هـذا يكون اسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق ، وشهد المغازى بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس ومات بها ، وهو ابن مائة سنة .

وقال ابن معين : توفى سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين ، كذا قال البخارى فى التاريخ الكبير ، ورواه فى الصغير عن ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفى بدمشق فى آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين .

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ، وقيل : أبو قرصافة ، وهـذا القول الثالث فى كنيته قال البخارى : انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوى فى معجمه والصحيح فى نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره ــ بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة ــ ومن فضائله ما ذكره البخارى فى تاريخه عنه قال : لما نزلت « **انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت** »[1] فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلى ،

---

(١) الأحزاب : ٣٣ .

قال : فهـذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيـه : واثلة ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع •

وأبو السباع شامى تابعى ذكره الحـاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقى هـذا الحديث فى السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومى معـا بذلك الاسناد ، ولفظ الحديث فى المسـتدرك وسنن البيهقى كما ذكره المصنف رحمه الله الا شيئا يسيرا فيه « فلمـا خرجت بها أدركنى واثلة ، وهو يجـر رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ » والباقى سـواء فى المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وواثلة متفقـان على تحريم كتمان البائع العيب • ويزيد حديث واثلة بتحـريم ذلك على غير البائع أيضـا اذا علمه ، وقد وردت أحاديث فى المعنى غير ما ذكره المصنف منهـا عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر على صبرة طعـام فأدخل يده فيهـا فنالت أصابعه بللا فقال : ما هـذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السـماء يا رسول الله • قال : أفلا جعلته فوق الطعـام حتى يراه الناس ؟ من غش فليس منى » رواه مسـلم فى أول كتابه الصـحيح وأصحاب السنن •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر برجل يبيـع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسـول الله صلى الله عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقى • وعن العـداء : ــ بفتح العين وتشـديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة ــ ابن خالد قال : كتب الى النبى صلى الله عليه وسلم « هـذا ما اشترى محمد رسول الله من العـداء بن خالد بيـع المسلم المسلم لا داء ولا خبثـة ولا غائلة » رواه البخارى تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد •

وقال قتـادة : الغائلة الزنا والسرقة والاباق ــ وهكذا هو فى البخارى : « اشترى محمـد رسول الله من العـداء بن خالد » والخبثة ما كان غير طيب الكسب . وسأل الأصمعى سعيد بن أبى عروبة عنها فقال : بيـع أهل عهـد المسلمين ، والأول أصح ، وهى ــ بكسر الخاء

وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة ـ فكأنه يقول : لا مرض ولا حرام ولا شيء يغوله أي يملكه من اباق وغيره .

ورواه الترمذي وابن ماجه متصلا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لي العداء ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لي كتابا : هذا ما اشترى العداء ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من باع عيبا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه » رواه ابن ماجه .

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعي قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى البقيع فرأى طعاما يباع في غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا فليس منا » قال الحاكم في المستدرك : هذا حديث صحيح .

وعن أبي الحمراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بجنبات رجل عنده طعام في وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث في تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ، وكتمان العيب غش ، وفي حديث حكيم بن حزام الثابت في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » .

وعن تميم الداري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصيحة » وعن جرير رضي الله عنه قال : « بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصلاة وايتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » رواهما مسلم .

(**أما اللغة**) فالعيب ، قال الجوهري : العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أي عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبه الى العيب ، [وعيبه](١) جعله ذا عيب وتعييبه مثله .

وقال ابن فارس : العيب فى الشيء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا .

والنقب ــ بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها ــ يقال : نقب خف البعير اذا رق وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار ــ بفتح القاف ــ سرة الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والظلف للبقر والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم .

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة ، وقال الأزهرى : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشترى بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه ، فاذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة . هذا من كلام الأزهرى رحمه الله .

(**أما الأحكام**) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر : « وحرام التدليس . وكذلك جميع الأصحاب » .

---

(١) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح .

وأما ما قاله الجرجانى فى الشـافى والمحاملى فى المقنع أنه اذا كان مع الرجل سلعة وبهـا عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له اظهاره ، فعبارة رديئة موهمة . وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحـد له علم ، وتقييد المصنف رحمه الله بالعـلم قد تقـدم شىء من الكلام فيه • وان نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضى الله عنه فى التنبيه • ومن عـلم بالسلعة عيبا لم يجـز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشـمل المـالك والوكيل والولى • وعبارته هنا مختصـة بالمـالك ، لكن الوكيل والولى يندرج فى قوله هنا : وان علم غير المـالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله فى الكتـابين جميعا يدل على أن البيـع عند كتمان العيب محـرم • وعبارة الشـافعى فى قوله : وحرام التدليس • وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ؛ ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث فى ذلك •

وقد أشرت الى هـذا المعنى فيما تقـدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتهما مختلفة ؛ فالتدليس حـرام بالقصـد فى نفسه ، والبيـع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتى فى صحة البيـع •

وفى عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع العـالم بالعيب أن يقـول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيـوب ؛ أو يقول : ان به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحـل كما جرت عادة بعض الناس بفعـل ذلك ؛ بل لابد من بيان العيب المعـلوم بعينه ؛ والعبارات الأولى كلها فيهـا اجمال لا بيان ، وقد يظن المشترى سلامته عن ذلك ؛ فان البائع انما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما اذا نص له على العيب بعينه ، فانه يدخـل فيه على بصيرة • واطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعى حرمة التدليس ووجوب البيـان يتناول ما اذا كان المشترى مسلما أو كافرا ؛ ولفظ الأحاديث التى ذكرت واستدل بهـا المصنف رحمه الله ، انما تدل على المسـلم للمسـلم ؛ وهذا كما تقدم ورد فى الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلمـاء رحمهم الله على أنه لا فرق فى ذلك بين المسلم والكافر •

وحكى الرافعى فى كتاب النكاح عن أبى عبيد بن حربوية من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما اذا كان مسلما ، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال : وبمثله أجاب فى السوم على السوم •

(قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما اذا كان المشترى مسلما ، ويوافقه ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خبثة ، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخبثة بيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حربويه مذهبه هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا ايغار الصدور ، وذلك حاصل فى حق الكافر •

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشترى ثمنا على ظن السلامة ، وله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا . وممن وافق ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة الأوزاعى ، والظاهر انه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم • ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » •

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فانه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الاسلام والآخرة ، ويثبت عمومه بدليل آخر • والله أعلم •

(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف . ولقوله صلى الله عليه

وسلم : « الدين النصيحة » والأحاديث فى ذلك كثيرة صحيحة صريحة •
وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبى عصرون والنووى فى الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافا لوجوب النصيحة • وقد دخل فى قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذى دل كلامه فى التنبيه عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ، الا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبيا ؛ كما فى قصة واثلة ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشترى بذلك ، فلا يجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع •

(الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لاطلاق الحديث ، ولقصة واثلة ، فانه استفسر من المشترى هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازما بعدم اعلامه ، وذلك لأنه من جملة النصح • لكن هذا انما يكون اذا كان التوهم بمحتمله ، فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشترى به ، وهى الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لظاهر حال البائع • وخشية من التعرض لايغار صدره ، والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب الاستفسار كما فعل واثلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا يجدون فى الاستفسار مع عموم الحديث فى وجوب التبيين • هذا كله اذا كان البائع عالما بالعيب ، فان كان الأجنبى عالما به وحده وجب عليه البيان بكل حال • وأما وقت الاعلام ففى حق البائع قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفى حق الأجنبى قبل البيع أيضا عند الحاجة ، فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل واثلة ، ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشترى اليه ، والله أعلم •

(فرع) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغى فى تدليس فيه فقد

فعل محرما : فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت بمجرده خيار ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية . قال الشافعي رحمه الله فى المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض به البيع » وجملة القول فى ذلك أن البائع اذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبا ، فاما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب ، واما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهى مسألة الكتاب ، فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ؛ ونقل المحاملى والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح . ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضا .

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه ؛ فان النبى صلى الله عليه وسلم جعل مشترى المصراة بالخيار ان شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث . فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع . وبأن النهى لمعنى فى العاقد والنهى اذا كان لمعنى فى العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما يبطل النهى اذا توجه الى المعقود عليه كالنهى عن الملامسة والمنابذة ، ألا ترى أن النهى عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد لم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيع وقت النداء متوجه اليه ؛ وان كان معللا بأمر خارج . وأما هنا فى المصراة فلم يرد النهى على البيع ؛ وانما ورد هنا على كتمان العيب كما أشرت اليه فيما تقدم وفى المصراة على التصرية ، فليس البيع منهيا عنه أصلا ؛ بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ، والبيع وقت الجمعة منهى عنه لاشتماله على التفويت ؛ فلتفهم الفرق بين الموضعين . وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس هو المنهى عنه . وهو مردود .

(**فان قلت :**) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وأن المصنف رحمه الله صرح به فى التنبيه ؛ واذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاث •

(المرتبة الأولى) وهى أعلاها ما كان منهيا عنه لمعنى فيه ، كبيع الملامسة •

(المرتبة الثانية) ما كان منهيا عنه لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع •

(المرتبة الثالثة) وهى أدناها ما لم ينه عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهى عنه ، فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الاباحة فهو كسائر المباحات اذا استلزم شىء منها محرما فى بعض الأوقات ، لا نقول : انه ينقلب من الاباحة الى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه فى المرتبة الثانية اذا اشتغل بالبيع وفوت السعى للجمعة يأثم اثمين : اثم للبيع المنهى عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفى هذه المرتبة لا يأثم الا اثما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • واذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أى ليس البيع أصلا فى حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ؛ لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم الا على الوجه الذى بينته ، اذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيا عنه بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية فى المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقى فى باب صحة البيـع الذى وقع فيه التدليس حديثا رواه البخارى « أن ابن عمر اشترى ابلا هيما(١) من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة . فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس الى ابن عمـر فقال : ان شريكى باعك ابلا هيما ولم يعرفك ، قال : فاستقها اذن . فلمـا ذهب ليستاقها قال ابن عمـر : دعها .. رضينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » . والله أعلم .

(فــرع) نقـل المـاوردى قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبى على ابن أبى هريرة أنه كان يقول : فى ثمن التدليس حـرام ، لا ثمن المبيع ؛ ألا ترى أن المبيـع اذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس ؛ فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شىء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا ؟ وسيأتى فى باب المرابحة كلام فى ذلك فى مسـألة الاخبار بالزيادة ، ولعـل مراد ابن أبى هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذى يسـتحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحـرم ؛ لا جملة الثمـن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظـر ، لأنه لو رضى المشترى بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به ـ والمبيع قائم ـ استرجعه كله ، فان كان عـدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شىء منه حراما .

(فــرع) هذا كله فى مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالمـا بالعيب ، أما لو اشترط السـلامة فكانت معيبة : أو شرط وصفا وأخلف . فالمشـهور الصحة . وثبوت الخيار كحالة الاطلاق .

وحكى الرافعى عن الحناطى أنه حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فسـاد البيع ، وهو يوافق ما تقـدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك فى الشرط أيضـا . ولا يلزم طرد هـذا القول الغريب هناك ، لأن تعـلق الغرض بالوصف المشروط لفظا أقـوى ، وعند الاطلاق العقـد متعلق بالمتعين ؛ وان كان العـرف يقتضى السلامة ، فهذا فرق على القول الذى حكاه الحناطى حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفا ، لأن مورد العقـد المعين مع الشرط أيضا ؛ والله أعلم .

---

(١) الهيام : داء يصيب الابل كالحمى

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا فى المصراة) .

(الشرح) المشترى للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها ، وتارة لا يكون .

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتى فيه الخلاف المتقدم فى المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند فى ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كماتقدم ، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فانه شرط فى الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم فى كتاب مراتب الاجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان فى جسم المبيع ، فرضى بذلك المشترى أنه قد لزمه ، والا رد له بذلك العيب .

(فرع) فلو كان المشترى قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ؛ ويوجب الفسخ . قال الماوردى : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه . ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها . قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ؛ ولو اختلفا فى العلم بالعيب فالقول قول المشترى ؛ لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة .

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهى منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله . وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عيبا ظاهرا بالقياس . والجامع الذى ذكره المصنف ،

وقد تقدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب • وان لم تكن التصرية عيبا فمن باب الأولى • لأن الخيار اذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ؛ فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى • هكذا ذكره القاضي أبو الطيب . وفيه نظر . لأن الذى يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف • وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التى هى من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذى ليس من فعله • ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب اذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ؛ ومع ذلك الخيار ثابت به • ولأجل ذلك الطريقة التى سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى فى الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض • نعم هو انما يأتى على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذى رجحه الغزالى فى الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار فى المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتزم ، ولم يوجد فى مسألتنا •

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالى لا يأتى ، الا أن يجعل ذلك مقيسا على الالتزام الشرطى وكذلك فعل هو فى الوسيط تنزيلا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطى أصلا يكتفى به كما اقتضاه كلامه فى الوسيط ، ولك أن ترده الى التصرية لورود النص فيها ؛ وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفى المسألة حديث واجماع ؛ أما الحديث فالذى ذكره بعد هذا بفصل فى الخراج بالضمان ؛ فان فيه أنه خاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك ان شاء الله تعالى •

وأما الاجماع فانه لا خلاف بين المسلمين فى الرد بالعيب على الجملة • واتفقوا على أن من اشترى شيئا ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشترى سلامة ولا اشترط الاخلاء به ؛ ولا بيع منه ببراءة . فوجد به عيبا كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطا لا يتغابن الناس بمثله فى مثل ذلك

البيع ، فى ذلك الوقت . يعنى وقت عقــد البيع . ولم يتلف عين المبيع ولا نقصــها ، ولا تغير اســمه ولا تغير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشترى كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشــترى فيه شيئا ولا وطئا ولا غيره . ولا ارتفع ذلك العيب . وكان البائع قد نقــد فيه جميع الثمن فان للمشترى أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسكه ان أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه باجماع جاز . انتهى .

وادعى القاضى أبو الطيب اجمــاع المســلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعــل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس . ولم يذكر الحديث والاجمــاع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشــمل ، وبالجملة الرد بالعيب فى الجملة لا شبهة فيه ، قال الشــيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقــد ، أما لو وجــد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض .

(فــرع) ولى الطفل اذا اشترى له شيئا فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المــال فهو باطل ، وان كان فى الذمة نفــذ فى حق الولى ، فان اشترى ســليما فحدث به عيب قبل القبض ـــ فان كان الحظ فى الامســاك ـــ أمســك أو فى الرد رد ، فان ترك الرد ـــ فان كان اشترى فى الذمة ـــ انقلب اليه ، ولزمه الثمــن من مال نفســه وان كان بغير مال الطفــل بطل العقــد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ابتــاع شــيئا ولا عيب فيــه ثم حدث به عيب فى ملكه ـــ نظرت فان كان حدث قبل القبض ـــ ثبت له الرد ، لان المبيــع مضــمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحــدث فيــه من العيب كما قبل العقــد ، وان حدث العيب بعــد القبض نظرت ـــ فان لم يســتند

الى سبب قبل القبض ــ لم يثبت له الرد ، لأنه دخــل المبيــع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وان اســتند الى ما قبــل القبض بأن كان عبــدا فسرق أو قطــع يدا قبل القبض ، فقطعــت يده بعــد القبض ، ففيه وجهــان • (أحدهما) أنه يرد ، وهو قول أبى اســحاق لأنه قطــع بســبب كان قبل القبض فصــار كما لو قطــع قبل القبض • (والثانى) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لأن القطع وجد فى يد المشترى ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله) •

(**الشرح**) الكلام الذى تقــدم فى اثبات الخيار فى العيب الموجود عند البيع والكلام الآن فى العيب الحادث بعــده ؛ وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقســام :

(القسم الأول) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقــارن للعقــد ، لأن المبيــع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاؤه ؛ وضــمان الجزء الذى لا يقابله قســط من الثمن لا يقتضى الانفســاخ ؛ فأثبت الخيار . والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقــد لاشتراكهما فى كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ؛ بمعنى أنه اذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هــذا الحكم ، وأن العيب الطارىء قبل القبض كالمقــارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه فى المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه اذا تلف قبل القبض انفســخ البيع ، ونص عليه الشــافعى رحمه الله فى مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقــدم التنبيه عليه فى باب الربا ، وذكره المصنف فى آخــر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك ان شاء الله تعــالى • أما على مذهب من قال : ان المبيع فى يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيــار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المســألة المجزوم بها هنا اذا كان حدوث العيب بآفة سماوية •

(أما) اذا حصل ذلك من جهة المشترى أو البائع أو الأجنبى ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقســام كلها فى باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف المبيع الى الأقســام المذكورة • وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعــون الله وتيسيره ان شاء الله تعــالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهــذا المكان أنه متى حصــل العيب بآفة ســماوية أو من البائع أو من الأجنبى فللمشترى الخيــار جزما ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملته ما اذا كان القاطع ابن المشترى ثم مات المشترى وورثه الابن ذكره صاحب البحــر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله • ومتى حصل العيب من جهة المشــترى فلا خيار له على الصحيح ، تفريعــا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور •

(وأما) من يقول من العلمــاء بأن المبيع قبل القبض من ضــمان المشترى كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك فى المبيــع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له • ومذهب أبى حنيفة رحمه الله فى تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا •

(واعــلم) أن هــذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقــد هو المشــهور الذى لا يكاد لا يعــرف ، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعى رحمه الله قال فى الأم فى الرهن الكبير فى جناية العبد المرهون على الأجنبيين • ولو بيــع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشترى حتى جنى كان للمشترى رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيــع فعــلم المشترى قبل التفرق أو بعــده بجنايته كان له رده ، لأن هــذا عيب دلسه ، ولو بيــع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعــد البيع ، فاختار امضــاء البيع ثم جنى ، كان من المشــترى ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث فى ملكه بعدم تمــام البيع بكل حال له •

قال ابن الرفعة : وهــذا ان لم يحمــل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه فى الحالين ملكه عليه تام وان لم يســتقر الا بالقبض • قال : وهــذا ان صح يقتضى أن الجناية عمــدا أو خطأ فى يد البائع بعــد تمام الملك لا يثبت بها للمشترى خيار ، وان أثبت على نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك •

(الأمر الثانى) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير فى العبد ان شاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنايته ، وان شاء ترك ؛ فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السماء كما لو مات • وقد قيل : يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن ، وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ • انتهى •

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن • وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته الى الشافعى رحمه الله • ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ؛ فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله تعالى •

(فرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشترى كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالما به فقطع قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ؛ فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا ؛ لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقلا • والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار • ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها •

(القسم الثانى) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ؛ وهــذا اذا كان بعد القبض والتفرق • أما لو قبضه فى المجلس وحدث به عيب قبــل التفــرق والتخاير ؛ فالوجه فى ذلك بناؤه على تلف المبيع فى يد المشــترى فى مدة الخيار • وفيه طرق •

(احداها) وهى التى أوردها الغزالى وارتضــاها الامام ؛ واقتضى ايراد الرافعى ترجيحها •

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان (أصحهما) عــدم الانفســاخ • واذا تم العقــد لزم الثمن ؛ لأن القبض وجد الا أنه بقيت علقه فصــار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا ، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف فى يده ، قال هــذا التعليل صاحب التتمة (والثانى) ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض •

(والطريقة الثانية) القطع بعــدم الانفســاخ وأنه اذا حصلت الاجازة يلزم المشترى الثمن (وان قلنا) الملك للبائع • وهذه منسوبة للشيخ أبى حامد •

(الطريقة الثالثة) الا أنا اذا قلنــا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشترى بالقيمة • وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المســألة فى أول كتاب البيوع ، ولذلك نســبها العمرانى اليه •

(الطريقة الرابعة) طريقة المــاوردى ان كان التلف فى خيــار المجلس انفســخ على الأقوال كلهــا ، وان كان فى خيار الشرط ، فان كان لهما أو للبائع وحده فكذلك ، وان كان للمشترى وحده (فان قلنا) يملك بانقضــاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصــه فى البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن (والثانى) وقد أشــار اليه فى الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى •

(الطريقة الخامسة) ما دل عليها كلام أبى الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحــده انفســخ قولا واحدا ؛ وان كان للمشترى

وحده . فان قلنا : الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضى أبو الطيب : ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشترى قيمته • قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق : يلزمه الثمن • واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذى قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة • ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع ، ومن باب دعوى الولد فيه •

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات فى يد المشترى فهو ضامن لقيمته ، وان منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه • قال الشافعى : وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشترى لأن البيع لم يتم فيه حتى مات • وقد حكى عن نصه فى الصداق أن المبيع اذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولى ، وحصل قولان فى المسألة ، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة ، والذى رأيته فى الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرفعة ، واما الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) أن مقتضى كلام المصنف فى أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين • وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص • لكن اذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى

كتبه يترجح القول بالانفســاخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضى أبى حامد ان ذكر الثمن ليس بثابت • اذا عرف بالعيب الحادث بعد القبض وقبل لزوم العقــد يتعين بناؤه على هذا الخلاف •

فحيث نقول بالانفســاخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا على أحد وجهى الطريقة الأولى؛ وظاهر أكثر النصـوص . أو على طريقة المــاوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ، فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح المــاوردى عند الكلام فى وضع الجوائح • قال عن ابن أبى هريرة : ان المقبوض فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار ، وان كان القبض تاما وجب القول بعــدم الانفساخ ، اما على الأصح عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد أو على طريقة المصنف رحمه الله • أو فى بعض الأحوال على طريقتى المــاوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور • أو على مقتضى النص المحكى فى ذلك ؛ فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت أثر فى اثبات الخيار •

ولا جرم ــ والله أعلم ــ أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب بعد القبض اذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن اختياره أن القبض ناقل للضــمان ، وان كان فى زمن الخيــار كما تقــدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى • وقد تقدمت الاشارة الى ما فى ذلك من النصوص •

(فــرع) لا فرق بين يد المشــترى ويد نائبه ، ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعــد القبض ، ونص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب • ولو أودع البائع المبيــع عند المشترى وقلنا : لا يســقط حق الحبس بايداع فتلف ، كما لو تلف فى يد البائع على مقتضى ذلك • وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخــر كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره القبض ، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى •

(فــرع) هــذا الذى تقــدم من أن العيب الحادث بعــد القبض

الذى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء . وقال مالك بذلك الا فى الرقيق فانه قال : ما أصاب الرقيق فى ثلاثة أيام بعد البيع من اباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الأيام برىء البائع الا من الجنون والجذام والبرص . فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شىء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك . قال : ولا يقضى بذلك الا فى البلاد التى جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التى لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ، فلا نحكم عليهم بذلك . قال : ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة ، وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال قتادة : ان رأى عيبا فى ثلاث ليال رده بغير بينة ، وان رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده الا ببينة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصرى عن عقبة بن عامر الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفى رواية أخرى أربع ليال . رواه أحمد فى مسنده ، وفى رواية أربعة أيام ، قال قتادة : وأهل المدينة يقولون ثلاثا .

قال سعيد : قلت لعبادة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد المشترى عيبا بالسلعة فانه يردها فى تلك الأيام ولا يسئل البينة ، واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها الا ببينة أنه اشتراها . وذلك العيب بها . والا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبى شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فانها لا تظهر فى أقل من ثلاثة أيام . عن عبد الله بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران فى خطبتهما

عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة ، من حين يشترى العبدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك •

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى فى عبد اشترى فمات فى الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذى باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون فى الجنون والجذام والبرص سنة •

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهدة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصارى رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة فى الزمان الأول يقضون فى الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، ان ظهر بالمملوك شىء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه ، ويقضون فى عهدة الرقيق بثلاث ليال •

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة الا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، فروايته فى هذا منقطعة لا يحتج بها • قال على بن المدينى : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ؛ وقال البيهقى فى روايته عن سمرة فى ذلك : انه غير محفوظ •

(**قلت**) وقد حفظت من طريق ابن أبى شيبة ؛ فليس فيها الا النظر فى سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عنعنة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفى حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ؛ ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وان كانا صحابيين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهدة فقال : ليس فى العهدة حديث نثبته ، وقال الحاكم فى حديث عقبة : انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال ؛ لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز فى قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصارى وبقية ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

أنه لم يكن فيمـا مضى عهـدة فى الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شىء . وبما[1] روى من طريق الشـافعى رضى الله عنه عن ابن جريج قال : سألت ابن شـهاب عن عهدة السـنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفا . وعن ابن طاوس أنه كان لا يرى العهـدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر .

وما أشاروا اليه من أن ظهور ذلك فى هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع . فقـد يحدث الاباق وشبهه ، ولو سـلم لهم ذلك فيكون من القسم الذى سنذكره . وهو ما يوجد بعد القبض ، ويكون سـببه متقدما ، لكن ذلك غير مسـلم لهم . على أن ابن الصباغ قال فى الجواب عن ذلك ان الداء الكامن لا اعتبار به وانما النقض بمـا يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعـد ، لأن الكامن اذا دل عليه دليـل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر .

وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله عنهما سئلا عن العهدة فقالا : لا نجـد أمثل من حديث حبان بن منقذ « كان يخدع فى البيوع فجعل له النبى صلى الله عليه وسلم الخيـار ثلاثا ان شاء أخذ وان شاء رد » .

وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أجل الجارية بها الجذام سنة » . فأما ما ذكروه عن عمـر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه . لأن فى حديث حبان « ان شاء أخذ وان شاء رد » . ولم يقيـد ذلك بعيب ولا فى الرقيق دون غيره .

قال الشـافعى رضى الله عنه : والخبر فى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص . وما ذكروه عن على لا ينافيه ، وقد صـح عن ابن عمـر : ما أدركت الصـفقة حيا مجموعا فمن المبتاع . ولا نعـلم له مخالفا من الصحابة واستثنت

---

(١) معطوف على بان الحسن لم يسمع من عقبة شيئا (المطيعى) .

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم فى ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له فى آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع فى يد المشترى بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشترى جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ؛ وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرش الى التفاوت بين العبد سليما وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عمن نقله عن نصه فى الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشترى وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ؛ وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ؛ فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرش قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو على : ولا يجىء ههنا الوجه المحكى عن أبى اسحاق فى القتل ، يعنى سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبى اسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو على كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغى أن يقيد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشترى جاهلا ، وممن صرح به القاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى ، وفى كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافاً ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع فى يده لم يرجع بشىء على المذهب ، وكأنه رأى أن وجه أبى اسحاق يأتى ههنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى فى أواخر الباب •

(فرع) عن أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع فى يد المشترى يرجع بنصف الثمن ووافق فى المسائل الثلاث التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشترى ففيه الوجهان ـ فان جعلناه من ضمان البائع ـ فللمشترى الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن •

وان جعلناه من ضمان المشترى فلا رد له ، وله الأرش ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا فى التهذيب والرافعى ، والروضة التى بخط المصنف . وفى بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الى غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط فى الحكم ، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشترى ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الافتراع مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشترى ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك فى تعذر الرد فى مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، يقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع •

وقد وافق ابن الرفعة ما فى الروضة السقيمة[1] من الغلط فى الحكم ، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة • وان كان عالمـا بزواجها أو علم ورضى فلا رد له • فان وجـد بها عيبا قديما بعـد ما افتضت فى يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع ؛ قاله القاضى حسين والبغوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لمـا سأنبه عليه ، وان جعلنـاه من ضمان المشترى رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلهـا معيبة ، هكذا قال البغوى والرافعى ؛ ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سـليمة ، ومثلها معيبة ، فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقـد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقـدر هنا بكرا ، لأنها بكر عنـد العقد وعند القبض • وانما حدثت الثيوبة بعد ذلك •

فان قال : ان ذلك لايختلف لأن نسبة البكر السـليمة من المعيبة كنسبة الثيب السـليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتـد فى كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سـليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عباة القاضى حسين : فقول الرافعى ثيبا حشـو لا فائدة فيه ان كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسـدة ان اختلف ، والله أعلم •

وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : انه من ضمان البائع فالنظـر فى الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتهـا بكرا مزوجة سـليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصـل بالثيوبة رضى به ، وصرح القاضى حسين بالمسـألة ، فقال : ان قلنا : من ضمان البائع يرجع بمـا بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه •

وان قلنا : من ضمان المشترى فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفى قوله بكرا مزوجة نقيضـه نظـر ، وذكر البغـوى

(١) النسخة التى نبه الشيخ السبكى على عيبها فيما سبق (المطيعى) •

رحمه الله فى التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا عالما بسرقته فقطع فى يده ووجد به عيبا قديما • قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، والا فيرجع بالأرش وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغيب معيب . فقوله : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع فى عبارته وعبارة الرافعى هنا •

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضى والبغوى والرافعى رحمهم الله يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية • بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض فى عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبى اسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه فى مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم • أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان عالما بردته لا يرجع بشىء ، وكذلك فى القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغى أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر •

(فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به •

(قلت) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض فى ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل ؛ أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره • وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا الى البائع بل هو حادث فى يد المشترى ناشىء مما رضى به ؛ وليس احالته على المشترى لرضاه بسببه ، فينبغى أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرش •

(فان قلت) لعل كلام القاضى والرافعى والبغوى محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى اسحاق •

(قلت) لا •• لأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبى اسحاق

فى هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا .

(والثانى) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث . والجواب عنه ان أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة . وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى .

(فرع) زوال البكارة فى المسألة المذكورة لا شك فى أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها فى العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت فى العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تزيد فى ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره فى يد البائع ثبت للمشترى الخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها . قال ابن الرفعة : وهذا لا شك فيه .

(فرع) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت فى يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم فى الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة ، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما اذا أصدق زوجته جارية حاملا ، فحملت فى يده ووضعت فى يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان . فى كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد . وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى . وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك .

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها فى حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق .

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا فى أواخر هذا

الباب وهو أولى : لأن كلامه هنا فى العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث فى هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد : فلنؤخر الكلام فى شرح هذه المسائل الى الفصل الذى عقده المصنف لها ؛ فللمشاركة المذكورة ولأن التلف فى ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرش لتعذر الرد بالتلف : ولذلك أدخله المصنف رحمه الله فى فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف . أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى فى هذه المسائل فى آخر الباب ان شاء الله تعالى .

(تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ؛ وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى . وقال الماوردى : ان فى القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع فى السرقة لا يصح العفو عنه .

(تنبيه آخر) نظر الأصحاب الخلاف فى هذه المسائل بالقولين فيما اذا علق فى حال الصحة بصفة . ثم وجدت الصفة فى مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ .

(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فانه آخر مسألة الجناية . وحكى الخلاف فى كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم . ومسألة الجناية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبى اسحاق فيها هو مذهب الشافعى ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام فى ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى .

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحـر ، وقال فيه : ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمته غير مقطـوع بالسرقة من الثمن ، قال : وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالأول قول أبي اسحاق ، وعبر الروياني عنه بأنه قول الشـافعي ، لكن هذا الذي نقـله عن بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم .

(فـرع) اذا رضي بالقطع واطلع على عيب آخـر فله الرد ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا . قاله القاضي حسين .

(فـرع) اذا كان عليه حد بالسـياط فاستوفي بعد القبض ، فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخـر الباب ، وان سلم فالحكم كما مر في السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص . قاله صاحب التتمة .

(فـرع) عبد عليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر مني هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتراه فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضي حسين في الفتاوى : ليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع .

(فـرع) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل القبض ، وكان قد رضي بالزوجة والجناية . فقد تقـدم أني لم أر نقـلا في جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجـد مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعـا من الرد بالعيب الآخـر ، لرضاه بالسبب أم لا ؟ الذي يظهر أن يقال (ان) جعلنـا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العـلم كما قاله الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فههنا أولى (وان) جعلنـاه مانعا ، وأنه يرجع بالأرش فههنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعـد القبض لأجل وقوعه في يد المشـتري أو لأجل العـلم ؟ (ان قلنا) بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وان قلنا) بالثاني امتنع لوجود العـلم . ولم أر في ذلك نقـلا (والأظهر) أن المنع بعـد القبض لأجل حدوثه في يد المشتري مع العـلم بسببه ، وهذا الممنوع منتف قبل القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هـذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا ؛ وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ؛ والله أعلم .

(فـــرع) عن أبى حنيفة أنه اذا قطع فى يد المشـــترى رجع بنصف الثمن ووافق فى مســـائل التلف التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشترى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجـــد المشترى بالمبيع عيبا لم يخـــل اما أن يكون المبيـــع باقيـــا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيـــا على جهته وأراد الرد لم يؤخـــره ، فان أخـــره من غير عـــذر ســـقط الخيـــار ، لأنه خيـــار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال ، فكان على الفـــور كخيار الشـــفعة) .

(الشرح) للمبيع المعيب خمســـة أحوال : أن يكون باقيا على جهته . أو زائدا أو ناقصا . أو زائدا من وجـــه وناقصـــا من وجـــه أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصـــلا . وذكر الخامسة فى فصـــل بعد ذلك ولم يذكره فى القسم هنا ، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه . وهو يقســـم فيما اذا وجـــد بالمبيـــع عيبا ؛ ولو أريد (وجد) العلمية التى تتعـــدى الى مفعولين صح اطلاقها بعـــد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضـــالة . وذلك يستدعى موجودا .

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المـــراد أن الأمر لا يخـــلو عن ذلك . فالقســـمة حينئذ حاضرة . واما أن يكون تركه لأن حكمه يعـــلم من القســـمين ؛ وقلما يقع التعرض له ؛ وعطفه بأو على (أما) غير متضح من جهة العربية . وكثيرا ما يقـــع ذلك فى كلام المصنفين . وكذلك قوله : أو زاد . وكان الأولى أن يقول : زائدا عطفا على ما هنا[1] .

---

(١) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطفا على باقيا » وفات الشارح أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص فى عطفها على زاد متوجهة (المطيعى) .

(**أما الأحكام**) فاذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله : فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخيار الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء ؛ وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنقضى أيامه ويستمع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فانه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشىء أو بعضه ، قال : وهو قول أبى ثور وغيره . انتهى .

ومن يعد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب ، وهو فى غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحملة لئلا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطلة للخيار ان شاء الله .

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل فى البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ؛ ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجرى فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجرى عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل .

(الدليل الثانى) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازات . قال ابن معن : احترز بقوله :

ثبت بالشرع من خيـــار الشرط فى البيع • وبقوله : لدفع الضرر عن المـــال عن خيـــار الأمة اذا عتقت تحت عبد (اذا قلنا) ليس الخيـــار على الفور ؛ ومن خيار المـــرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق فى الايلاء • ومن الخيار بين القصـــاص والدية • وقد أجاد فى ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضـــا كخيار الأمة • قال بعض الفضـــلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال • وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيـــار المجلس ثبت رفقـــا بهما كما قاله المصنف رحمه الله فى أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظـــر فى المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند الى ظهور وصف فى المبيع •

وبعد أن كتبت هـــذا رأيت هـــذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله ابن يحيى الصعبى فى كلامه على المذهب الذى سماه « غاية المفيـــد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فانه ثبت للارتياء والنظـــر ، وقد يرد على المصنف فى ذلك خيـــار التصرية على قول أبى حامد والمروالروذى كما تقدم ، فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال ، ومع ذلك يمتـــد الى ثلاثة أيام عند أبى حامد ، وقد يجاب عن هـــذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ؛ ولا يجعله لكونه عيبـــا بدليـــل أنه يثبته مع العـــلم ؛ واذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المـــال • وقد يورد على المصنف أيضـــا الخيار الذى أثبته النبى صلى الله عليه وســـلم لحبان بن منقـــذ • فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال ، وهو يمتـــد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقـــذ كما أشار اليه الشـــافعى رضى الله عنه فيما تقـــدم • ويجاب عن كل من هـــذا وخيار المصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه •

وقد يورد على المصنف أنه قاس فى باب الشـــفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب • وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة : وأجابوا عن هـــذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيهـــا ؛ وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشـــفعة

تردد قول الشـافعى فيها بخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلمـاء اتفقوا على أنه على الفـور ، وعدوا ذلك من محاسن المهذب • واذا تأملت كلام المصنف فى باب الشـفعة حكمت بعدم صحة السـؤال لأنه لـما قال : انها على الفـور على الجديد ، استدل له بالحديث ثم قال : فعلى هـذا ان أخـر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفـور الثابت بالحديث وههنا فى الرد بالعيب ، المقصـود اثبات كونه على الفـور بالقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشـفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور • ولكن لك أن تقول : ان كان السـقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيـار على الفور ، ولا حاجة فى الشـفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وان لم يكن كذلك فلا يكفى الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفـور ، بالقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا • فيحتاج الى الجواب المذكور •

وقد خطر لى فى الجواب عن ذلك والاعتـذار عن المصنف فى جعله سقوط الشـفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفـور منشئا على الرد بالعيب مسـألة غريبة نقلها أبو سعد الهروى عن تعليـق البندنيجى ، أن الشـافعى رضى الله عنه نص فى اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشـفعة على الفور للشفيع خيـار المجلس لأنه قال : ولو عفـا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام فى المجلس •

قال الهروى : ووجهه أن العفـو تقرير لملك المشـترى لجهـة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الابراء عن الدين فانه اسقاط محض ، ولم يتضمن تقرير ملك فى غيره •

(قلت :) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هـذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفـو ما دام فى المجلس على قول الفـور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعــدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب ، وهــذا ينبغى السـؤال عنه ، على أنى نظـرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل(1) ؛ فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشــكل ، ورأيت فى كتاب أحمد بن بشرى(2) الذى جمع فيه من نصوص الشــافعى ما يوافقه ، فانه قال : وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتى أو تركتها أو ما أشــبهه ، ثم يفارق الشــهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتى ، فان لم يفارقهم حتى يقول : أنا على شفعتى ، فذلك له ، وهــذا هو ذاك النص بعينه وأيضــا فقد اختلف الأصحاب فى خيار المجلس فى الشــفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك فى المجلس (وان قلنا) بالفـــور فما قاله المصنف يدفعه •

(فــرع) اذا ادعى البائع أن المشترى أخــر الرد بعد العلم ، وأنكر المشترى فالقول قول المشترى مع يمينه ، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد •

(فــرع) أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عــذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العــادة • قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشــغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفــرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا • قال المــاوردى والرافعى : ولو وقف عليه ليــلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروى فى الاشراف : الى ضوء النهار ، وهمــا راجعــان الى معنى واحد ، هكذا أطلق المــاوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالعرف •

وقال صاحب التتمة : اذا اطلع بالليــل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشــهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

---

(1) العجل : بفتح العين وكسر الجيم •

(2) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذى كثر وروده فى كلام السبكى فى طبقات ولده فظننت أنه احمد بن بشر المعروف بأبى حامد المروالروذى ولكن صرفنى عنه نقله كثيرا عن أبى حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد (المطيعى) •

البائع بذلك . فعامة أصحابنا قالوا : لابد أن يقول فى الوقت فسخت ، والا سقط حقه ؛ وكان القفـــال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشـــهود أو يحضر مجلس الحـــكم • والظاهر أن صاحب التتمة يطرد هـــذا الخلاف فى تأخر الفســـخ بالعذر مطلقا ؛ ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضـــاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة انما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصـــا بالليـــل ، لمـــا فيه من التأخير كما يقوله فى الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقـــدمة فلا يعـــد فى العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمـــال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشتراط صاحب التتمة عـــدم التمكن فى الليل يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهـــار ؛ وكذلك قال ابن الرفعـــة : لا فرق بين الليـــل والنهار اذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة ؛ أما اذا كان فيه كلفة فله التأخير الى الصباح ، وهـــذا وان كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره •

قال البغوى وابن أبى عصرون : انه فى الليـــل لا يلزمه تعجيل الفسخ ، ولا الاشهاد على نفسه بالرد فى أصح الوجهين . وهذا الوجه الذى أشار اليه يســـلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها ان شاء الله ، ولو لقى البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعـــد سلامه صح أيضـــا ، خلافا لمحمد بن الحســـن ، قاله المـــاوردى والرافعى وغيرهما ، وفى بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين فى كون الســـلام عذرا هو بعيـــد ، وان كان الامام قال فى الشفعة : ان من عـــده فى اشتراط قطع ما هو مشـــغول به من الطعام وقضـــاء الحاجة لا يبعـــد أن يشترط ترك الابتداء بالســـلام ، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه الى أن يزول المنع • قاله المـــاوردى •

وسيأتى كلام كثير فى حالة الغيبـــة ، لو لم يتم الغرض الا باستيفائه فهذه كلها أعـــذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير عذر • وقال الأئمة : ان الكلام فى المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقـــد حكوا هناك وجها أنه يلزمه اذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج من الحمـــام والنافلة ونحـــو ذاك ، تحقيقا للبدار ، قال ابن الرفعة : ومثله لا يبعـــد جريانه ههنا لأنهما فى قرن ، وعـــد ابن الرفعة من

الأعذار اباق العبد قبل القبض . فان المشترى اذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه ؛ بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح .

(قلت) والحكم كما ذكر ؛ ولكن ذلك لأن السبب متجدد فى كل وقت ؛ فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده فى جملة الأعذار .

(فرع) وأما الذى لا يكون عذرا فكثير (منها) لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ فى محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال : أخرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد — فان كان قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام — قبل قوله ، ومكن(1) والا فلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت الجهالة بالحكم . ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل(1) قوله ؛ لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعى .

وقال النووى : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ؛ وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى عليه مثله ، وقد صرح الغزالى وغيره بهذا فى كتاب الشفعة .

(قلت) وفى الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا .

(فرع) لو اطلع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب عيب .

(فرع) فيه تحقيق الكلام فى الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض ؟ قال القاضى حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

(1) مكن ، وقبل : بضم أوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم . هكذا رأيته فى تعليقه • وأراد أبو سعيد الهروى فى النقل عن القاضى حسين أنه رد على القفال ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الاثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمه ونقل عن عامة الأصحاب فى الليل أنه لابد من تلفظه بالفسخ • وعن القفال انه يؤخر الى وجود البائع او الشهود او مجلس الحكم •

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير ، وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاتشهاد فليبتدر الرفع الى القاضى بحيث لا يعد تقصيرا فى العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور • فان رفع الى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب . وان لم يجد الغريم فامكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل ، ورفع الى القاضى فوجهان •

وقال الغزالى فى البسيط : ان نهض الى البائع كما اطلع لم يكن مقصراً ، وان لم يكن حاضرا ورفع الى القاضى فليس مقصرا ، وان فسخ فى بيته واتشهد فليس مقصرا ، وان رفع الى القاضى مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب . وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الاتشهاد ، فلم يشهد ورفع الى القاضى فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع الى القاضى ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الاشهاد ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فالاشهاد ، أو يكتفى بالحاكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا فى مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدى القاضى فلا يعذر فى التأخير ، كما قدمه الامام •

وقال فى الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه فى الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضى فان رفع الى القاضى والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع الى القاضى فوجهان ، اذ فى الرجوع الى القاضى مزيد تأكيد . فاقتضى هذا الترتيب الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم ، وقيل الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة •

وقال فى الوجيز : ترد عليه فى الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشـــهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عنـــد القاضى فوافق ما فى الوسيط ، قال الرافعى : وفى الترتيب المذكور اشـــكال يعنى الذى فى الوسيط والوجيز • قال : لأن الحضـــور فى هذا الموضع اما أن يعنى به الاجتمـــاع فى المجلس ، أو الكون فى البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يســـع الى القاضى ولا سعى الى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضى اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه وان كان الثانى فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟ •

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشـــهاده ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحـــكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحـــكم قد يكون أســـهل عليه من احضـــار من يشهده أو الحضور عنده واما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر فى مجلس الحـــكم ينفـــذ فسخه ولا يحتـــاج الى الاشـــهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى • انتهى كلام الرافعى • ووافقه النووى على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعى : ان الذى فهمه من كلام الأصحاب أن البائع ان كان فى البلد رد عليـــه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين •

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحـــكم ، والى أن ينتهى الى الخصم أو القاضى فى الحالين لو تمكن من الاشـــهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان • قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ، ويجرى مجـــرى الخلاف فيما اذا أخـــر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز فى الحال عن الاشـــهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان • (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ؛ انتهى ما ذكره الرافعى وهو مخالف لمـــا قاله الامام والغزالى فى كون الرفع الى القاضى مع حضـــور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام • وعند الرافعى هو مخير بينهما ومخالف له أيضـــا فى الاكتفاء بالاشـــهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام فى النهاية •

وعلى ما قاله الرافعى لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالى بلزوم الاشهاد عند الامكان الى أن ينتهى الى الخصم أو القاضى فى الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره . وان كان آخر كلام الامام والغزالى فى البسيط يمكن حمله على الوجهين فى ذلك الذى حكاهما الرافعى ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الأمور الثلاثة فى كلام الرافعى رحمه الله ، وفى كلام الامام زيادة بيان أنه ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير ، ومقتضى ذلك أنه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافعى انه يخير بين الأمرين ان أراد فى غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان أراد مطلقا اقتضى انه من الحاكم ، ويذهب الى البائع أو يترك البائع فى المجلس ويذهب الى الحاكم • وسنذكر عن ابن الرفعه مافيه • وما ذكره الرافعى من أن الأصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة الى التلفظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامه الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافعى من التخيير بحيث لابد من معرفته سأفرد له فرعا فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

وقال ابن الرفعة فى الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالى : ان الامام ذكر فى الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشترى ، وحكيا معا وجهين فيما اذا تمكن من الاشهاد وتركه ، ودفع الى القاضى ، وهذا يدل على أن المضى الى القاضى أقوى من لقاء الخصم ، وأن الاشهاد أقوى من المضى الى القاضى هكذا كلامه فى الكفاية • وقال فى المطلب : ان مراد الغزالى هنا فى الوسيط والوجيز بالحضور الحضور فى البلد ، وكذلك مراده فى البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع الى القاضى مع حضور الخصم فى البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة •

وأما الرفع الى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة • ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد ، لا على نفس الرد •

(قلت :) والصحيح كما تقدم عن الرافعى أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفى فانه ههنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفى الشفعة لا يمكنه الأخذ الا بآمور هى مقصودة اذ ذاك ، فليس المقدور فى حقه الا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الامام والغزالى فى البسيط قالا فى الشفعة : ان الشفيع اذا ترك مطالبة المشترى مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشترى • وهذا المعنى يجوز أن يقال فى حالة حضور المشترى فى البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله فى الحالين فى الرد بالعيب ، أجاب بأنه يحمل ما ذكره فى الشفعة على حالة غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن فى حالة الحضور لا خلف على الشريك فى قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملكت بها ، أو وجد بدل المال ، فان نازعه المشترى اذ ذاك رفعه الى الحاكم ، وفى حال غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع لابد من المضى اما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [أيهما] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين •

قال : وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على(1) لا يعذر بطلب الحاكم • أما اذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكى القاضى عنه فلا فرق بين الحالين فى جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدى القاضى كما [أن] ذلك مقتضى اطلاق القاضى فى تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيرا الى هذا الوجه : لو كان المردود عليه حاضرا فابتدر القاضى فظاهر المذهب أنه يبطل حقه ، لكن حكاية الهروى عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالى من الجزم بأنه يقصر ، يعنى اذا رفع الى القاضى والخصم حاضر • أى فى مجلس الاطلاع •

---

(1) بياض بالأصل ولعل السقط (طالب الشفعة فانه . .) .

(المطيعى)

(قلت) ما حكى الهروى عن الشيخ أبى حامد أن الرفع الى القاضى والطلب منه أن يحضر المشترى حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق • قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما فى الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما • وكذا تأخيره اذا اجتمع هو والمالك فى مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر فى البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما اذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء الى القاضى ، المفهوم منهما فى الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد فى حال حضور البائع فى البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضى •

وهل يكون طلب القاضى تقصيرا فى حال حضور البائع فى البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالى ما ذكرته فى الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه فليتأمل •

(قلت :) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشترى مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين من النقل عن القفال ، وأن لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر فى البلد فعلى ما قاله الرافعى ، واقتضى كلام الامام فى الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم • وقال ابن الرفعة : انه فى هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة • وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالى فى الشفعة أن الرفع الى الحاكم أخوط • فهذه مناقشة فى كلام ابن الرفعة • وأيضا مناقشة ثانية ، هى أن كلام الغزالى فى الوسيط جعل الحضور الى القاضى عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع • ومناقشة ثالثة وهى أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعى فى قوله : لم يسع الى القاضى ولا يسعى الى البائع كما يقتضيه كلام الغزالى •

(وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالى بعيد ، وما ادعاه ابن الرفعة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالى باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعى وغيره ، وفى كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح •

وسأفرد للكلام فى ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر فى طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك فى الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعا ، على ما قاله ابن الرفعة وأقتضاه كلام الامام •

(الثانية) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع •

(الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لامكان الاثبات بهم ، ولم أر تصريحا بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه اما جزما أو على الأصح • وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب • وقد يقال ينبغى أنه اذا كان يمر فى مضيه الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه الى أن ينتهى الى الآخر • وقد قدمت ذلك أيضا • وسنعيد الكلام فيه(1) •

---

(1) وانظر اين المرتبة الرابعة ؟ . (المطيعى)

(الخامسة) أن يكون الموجود فى البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك فى تعيينه ٠

(السادسة) اذا لم يكن واحد منهما فى البلد تعين الاشهاد ٠

(السابعة) اذا كان الشهود فى البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح ٠ وقال الغزالى فى الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب ٠

(الثامنة) اذا كان الشهود فى البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى اليهم جزما ٠

(التاسعة) اذا كان الشهود فى البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفى جزما ٠

(العاشرة) اذا لم يكن فى البلد شىء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتى فيه الوجهان المذكوران فى كلام الرافعى فى حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب ٠

(فـرع) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضى حسين فى فتاويه : يدعى شراء ذلك الشىء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك فى وجه مسخر ينصبه القاضى ويحلفه القاضى مع البينة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضيه القاضى من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضى ونقله الرافعى عنه ٠

وقوله فى الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضى تفريعا على رأيه فى أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشىء الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التى يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط ٠ وقوله : ينصب مسخرا ٠ تفريع على رأيه أيضا فى الاحتياج اليه فى الدعاوى ٠ والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضى

نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب فى الدعوى على الغائب • وقيل : يستحب •

وقوله : « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقد وغيره • وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع • فيتخير القاضى فى بيع ما شاءمنهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع • فان عجز باع من غيره ليكمله • قال ابن الرفعة : وهوالذى يظهر • وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) فأما اذا رفع الى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدمأن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكمجزما ، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالاكتفاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيحأن القاضىيقضى بعلمه ، أما اذا منعنـا من القضاء بالعلم فلا يفيـده اخبار الحاكم بذلك وحده ، قبل مجىء الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله فى قوله : الفسخ فى ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاشهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط • لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم •

(فــرع) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، واطلاق كلام الغزالى والرافعى أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره •

قال ابن الرفعة : وفى الثانية نظر (اذا قلنا) لا عهدة تتعـلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام فى العهدة

معروف فى موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الرافعى فى آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى ، يعنى اذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما اذا أوصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجد المشترى عيبا بالعبد ، قام الوصى ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشترى •

قال : ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا ، لأنه امتثل المأمور ، وهذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايصاء فانه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشترى (فان قلنا) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبد ، ثم اذا باعه الوصى ثانيا ، فان باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصى ، أو فى ذمة الموصى ؟ فيه وجهان (أصحهما) الأول ، وبه قال ابن الحداد •

وعلى هذا لو مات العبد فى يده كما رد غرم جميع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشترى والباقى للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى ان اشتراها فى الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الموصى ، هكذا أطلقه الأصحاب ولابد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينعزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الرافعى • قال النووى : الصورة مفروضة فيمن لم يعلم •

(وأما) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف فى العهدة فيهما جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا فى المردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره فى التحالف وذكروا خلافا فيه وفى ولى المحجور عليه اذا باشر العقد ، فأما الوكيل فلا شك فى اتجاه رد الاتلاف هنا كما قلنا من العهدة •

(وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه . والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة ، وكذلك القاضي ونائبه في مال اليتيم .

وأما الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه . وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعي ما تقدم . وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا . وأنه يرد على الوكيل أي جوازا . وهي من المسائل التي فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن . والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فان ردت عليه بعيب — فان كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وان احتمل فان أقام المشترى بينة فالقول قول الوكيل ، فان حلف سقط الرد والا ردت على المشترى ، فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضي الطبرى : ان قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الروياني : وفيه نظر عندي يعني لأنها لا تتعدى الى ثالث

(فـرع) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره . وقال الغزالي : يشهد اثنين . قال ابن الرفعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال .

(فـرع) تقدم أنه اذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمـر الى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفي مسافة العدوى ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف في الاستعداء وقبول شهادة الفـرع ، وكتاب القاضي الى القاضي ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وان قلت المسافة كالغيبة البعيدة ، كما ذكر وجه في بعض الصور السالفة . لأن في تكليف الخـروج عنها مشـقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الرافعي الجزم به .

(قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر ، واذا كان كلام الرافعي لا يقتضيه الا باطلاق الغيبة . فان جزم الأصحاب فيما تقـدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه يبعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا فى البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع فى دون مسافة القصر أو مسافة العدوى ؛ فينبغى أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون موضع البائع خارج البلد ، أو أقــرب من موضع الحاكم فى البلد ، ففيه نظر •

(فــرع) تقــدم من كلام الرافعى أنه مخير بين البائع والحاكم ، وهذا باطلاقه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخــر ، لاسيما قول الرافعى : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ، فانه دل على هذا المعنى لكن هــذا يرده تصريحهم : متى كان الحاكم فى مجلس الاطلاع لا يجوز التأخــر للبائع وبالعكس ، فيتعين حمــل هذه العبارة على ما سوى هــذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى الآخــر اذا لم يتفق له لقــاء الآخــر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين فى القــرب والبعد ، فظهر التخير ، وقــد يكون أحدهما أقــرب من غير أن يمــر به بأن يكونا فى جهتين ، فهل نوجب المضى الى الأقــرب منهما أو يكون التخيير مستمرا ؟ اطلاق كلامهم يدل على الثانى وهــذا الفرع هو الذى وعدت به • ولأجل ما فيه قلت فيما تقــدم : انه اذا مر فى طريقه بأحدهما لا يعذر فى مجاوزته الى الآخر •

(فــرع) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمــن ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له : طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى ، فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل الى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ، تمسك بعض الناس بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفــور ، أو أنه لا يبطــل بمثل هــذا التأخير ، وليس فى الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكها رضى بردها ، وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب •

(فــرع) محل الذى تقــدم من وجوب الفور فى شراء الأعيان ، أما الموصوف المقبوض اذا وجد معيبا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفــور (وان قلنا) يملك بالقبض فيجوز أن يقــال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله الامام ونقله الرافعى عنه فى باب الكتابة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها فى الطريق ، أو علفهـا أو سـقاها لم يسقط حقـه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجـد منـه أكثر من الركوب والعلف والسـقى ، وذلك حق له الى أن يرد فلم يمنع الرد) •

(**الشرح**) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب ان لزم منه تأخير أو دفع فى زمن لو سكت فيه أبطل خيـاره فلا شك فى بطلان الرد لـا تقـدم فى اشتراط المبادرة فينبغى أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة فى مدة طلب الخصم والقاضى ، وحينئذ أقول : هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله فى الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد أن ابن سريج فرعه فى جملة مسائل فى الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمـد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلا ، وقال : ان الذى يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة فى تعليق أبى الطيب ؛ وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبى حامد •

وممن وافق المصنف على هـذا الحكم ابن الصباغ فى الشامل ، والجرجانى فى الشافى ، واختاره الرويانى فى الحلية•وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك اذا حلبها فى طريقه لأن اللبن له ، فاذا استوفاه فى حال الرد جاز كمنافعها ، وهـذا تصريح بجواز استيفاء المنافع فى حال الرد بالنقـل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الرويانى فى البحـر ، ونقـل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت ثيبا فوطئها وهو حامل لها ينبغى أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك فى وقت لا يمكن المسير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجانى مع موافقته المصنف بأنه لا يجـوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ؛ وهـذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا •

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى • وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعي عن الرويانى خاصة • وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ؛ وها أنا أذكر ما ذكروه (فأقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والمــاوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغــزالى والبغوى وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادره اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه . فان استعمله وكان رقيقا واستخدمه ؛ أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والارش معا ، لأن الاستعمال ينافى الرد •

واختلفوا فيما اذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى الثوب او أغلق الباب . ففى هــذا وما جرى مجراه وجه جزم به المــاوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الرافعى عن غير المــاوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الرافعى : ان الأشهر انه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضة وقال : انه الأصح الأشهر •

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر . لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهواستعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففيه وجهان (أصحهما) على ما ذكره الرافعى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجر العــادة به فى غير ملكه الا باذن المــالك •

(والثانى) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه المــاوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عصرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له المــاوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القــود • قال ولكن : لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجــز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجــر به . ولأن لا مصلحة للثوب فى لبسه ؛ وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره المــاوردى من

أعتبار العادة والمصلحة فارق ؛ ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه فى الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ؛ لأن نزع الثوب فى الطريق لا يعتاد ؛ قاله الماوردى ونقله الرافعى عنه •

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب ؛ وان توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعى ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع • قاله الرافعى تبعا لصاحب التلخيص • قال الرافعى : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أى فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهى انتفاع فيمنع منه •

قال ابن الرفعة : ويشبه أن يكون هذا اذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فاذا حصل أو خيف منه كما اذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه فى هذه الحالة تقصيرا ، اذ هو يعيبها فيكون مانعا من الرد •

(**قلت :**) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه فى هذه الحالة كالنعل الى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها • قال الرافعى : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ؛ ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء فى مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها فى الطريق قال أبو حامد : ان كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره • قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوى • لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى • قال : فان كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشترى فالنزع لا يبطل حقه من الرد • فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه • والنعل لا يجوز نزعه الا فى الصورة التى استثناها البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ؛ فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم •

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه • ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : انما أراد به

اذا ركبها استعمالا . فاذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحا لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ • وان كانت ذلولا لا تحتاج فى سيرها الى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها • وهذا النقل عن الشافعى باطلاقه . وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردى عن ابن سريج فيما تقدم •

قال ابن الرفعة : ولعل عنه وجهين . أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهبا للشافعى رحمه الله عنده ، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ؛ ومخالف لما نسبوه الى نص الشافعى ، ولولا هذا النص الذى نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجانى لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت فى هذه الحالة كان الولد للمشترى لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فان القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضى حسين والفورانى ، ولم أر من وافقهم من غيرهم الا صاحب التلخيص فيه ، وفى المفتاح وابن خيران الأخير • على أن أبا الخير بن جماعة المقدسى شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة فى الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف •

وبالجملة فالمعول عليه فى ذلك كما قاله الامام والغزالى العرف • فينبغى أن لا يحكم على شىء من الاستعمالات بقطع الخيار الا اذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغى أن تستلزم معه أصل الخيار : ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فان خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذى قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا اذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله اذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما اذا أوجبناه لا تأتى المسألة لأنه ان تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه، وان لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير •

ولما كان القاضى حسين يرى وجوب المبادرة الى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاســـتعمال والاستخدام يبطل الرد . والمبطل عنده فى الحقيقة هو التأخير ، لا خصـــوص الاستعمال ، فيجب التنبيه لذلك ، فان القاضى حسين رأس الخراسانيين ؛ وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشترى باق فى زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا . وهـــذا كله فى مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفـــور ، فلو استدام بطل حقـــه لأن استدامة الركوب ركوب . أماالعلف والسقى فلا يضر . هكذا جزموا به ولا أظنه يجىء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للدابة ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب .

(وأما) مسألة الحلب فكذلك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغى التفصيل ، فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن فى ضرعها فلا يجىء فيه خلاف كالعلف والسقى . فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع . فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الرافعى والجمهور يمتنع . ونسب الرويانى فى البحر جواز الحلب الى أصحابنا ، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد .

(فـــرع) اذا كان فى رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشترى ، قاله صاحب التتمة وغيره . قال : لأن البيع مضمون فى يده ؛ والمـــال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ . أما اذا تلفظ بهحيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشـــهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضى حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ؛ وقد صرح الرافعى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشترى . وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك فى يده ضمنه . وقد يقال : ينبغى أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد . لكن ليست العين مضمونة عليه . وحكم المؤنة فى زمن الرد حكمها فى العين المستأجرة بعد انقضاء المدة . لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان . فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة . وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل •

(منها) اذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس ، فمؤنة الرد على المشترى ومؤنه رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيانته أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه أمانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها •

ومنها أيضا مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل • وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبته فى أرش جنايته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية (قلت) فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المهذب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة •

(فان قلنا) ليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه • وهذا كلام عجب، ولا أدرى من أين له ؟ والصواب ما تقدم •

(فــرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فصده رضا منه بالعيب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشترى بالقيمة •

(قلت) وفى جواز فصده بعد الفسخ ــ وهو ليس بملكه ــ اشكال ؛ قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدى البائع ؛ أو فسخ واشتغل بطلبه (أما) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الاشكال الذى ذكرته فى جواز الفصد باق • وزاد فى هذا الكلام اشكالا آخــر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتوانى • والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا المنازعة • فان صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التوانى • وانما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل أنكار المشترى فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله أن يرد بغير رضــا البائع ، ومن غير حضـــوره ، لأنه رفع عقــد جعــل اليــه فلا يعتبر فيــه رضــا صاحبه ولا حضـــوره كالطلاق) •

(الشرح) الكلام المتقــدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ فانه يجوز للمشترى ولو فى حضور البائع ، وفى غيبته مع رضاه ، ومع عدمه ، ولا يفتقــر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز فى غيبته ، وان كان بعد القبض فلا يجوز الا بحضــوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة فى خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفســخ الا بحضرة صاحبه ، لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله ، خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالعيب مثل القبض ، كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم •

ودليلنا فى خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفى خيار العيب قبل القبض ، قال القاضى أبو الطيب : النكتة فيهــا أن من لا يعتبر رضاه فى رفع العقــد لا يعتبر حضوره كالمــرأة فى الطلاق ، وأما بعد القبض فلأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضــا البائع كما قبل القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه اشــارة الى ما بعد القبض •

(وقوله) ولا حضوره اشارة الى ما قبل القبض تنبيها على محل الخلاف فى الموضعين ، وقد قابل فى النكت لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم أليه ان الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس فى النكت على الموصى له أيضا •

(وقوله) جعل اليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضى مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده ، وهى فرقة فسخ عندنا ، لان الفرقة حكم شرعى رتبه الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج فى قوله رفع ، لأن الرافع الشرع لا هو ، وفى الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعه والوديعة فانها تنفسخ فى غيبة المودع حتى اذا علم به وجب عليه الرد ، وان كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم ، فان لم يفعل وهلكت فى يده ضمنها •

(واعلم) أن قول المصنف : جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضى الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال : انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشترى ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لأنه يعنى بقوله : جعل اليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وان اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، والى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما اذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وانما خالف فيما اذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضى حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فان الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطىء الجارية ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع فى مدة خيار الشرط بالوطء •

(والثانى) لا ينفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشترى ، فلا يجوز فسخه الا بالقول) •

(الشرح) هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين ، وبنى الوجهين فيها على الوجيز فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهى ما اذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) نعم كالوطء فى زمان الخيار . فانه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذى قاله المحاملى فى التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضى أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق فى الوطء فى زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه فى مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق . والعقد أضعف . وذلك أيعين رأس المال ؟ والغرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح اللحوق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشترى ، وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والامام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فانه ملك المشترى •

(والوجه الثانى) لا ينفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع فى زمان الخيار — حيث نقول ينفسخ بالوطء وان انتقل للمشترى — أن الملك فى زمان الخيار ضعيف والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار . فلذلك يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

(أحدها) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشترى ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(الثانى) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعى رحمه الله

القائل بأن الأشبه أن من كان الخيار له فالملك له ، وان كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ . لأن القياس على زمان الخياراذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبه المعيب ٠ واذا كان الخيار للمشترى لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فانه اذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الرافعى ينبغى أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ ٠

(الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشترى ، والمشترى فى كلامه مشترى الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفلس التى بنى عليها لأن ملك المشترى قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفلس هو البائع والراجع فى العيب هو المشترى ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشترى مستقر وكل من المأخذين صحيح ٠ ويظهر أن يقال ان مشترى الثوب اذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب ٠

(الرابع) ان الوطء حرام على المذهب (وان قلنا) يحصل به الفسخ ٠

(الخامس) قال أبو على الفارقى فى هذا : انا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطىء فى ملكه ، فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قولا واحدا ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وان وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وان لم يقصد كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولا حد للشبهة ٠

(السادس) فى جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول فى مسألة الجارية المرهونة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصه ، وهذا لا يفعله الا العازم على الحلق ، فهل يتنزل الحلق ؟ على قولين (الجديد) لا ، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقرينة ، لا للفعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين فى الأمة اذا أعتقت تحت عبد ، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر (والثانى) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعى حكاهما أيضا فى باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته ، ولكنه فى هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقان فى المذهب حكاهما القاضى حسين .

(احداهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [هو] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران فى الأصل اختلفا فى الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب .

وقال ابن الرفعة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجملة الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين فى الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل فى الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشترى معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن فى مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب فى يد المشترى [وهى] معه حاصلة له ولكنى لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام فى كتاب النكاح ضعف الوجه فى المسألتين جدا ، وصحح السقوط فى المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

ينبنى على قاعـدة ذكرها فى الشفعة أن الشفيع اذا لم يشعر بهـا حتى باع ملكه الذى استحق الشفعة به وانما ذكر الامام هـذا لأنه حكى الخلاف فى الشفعة قولين ، والأكثرون حكوهما وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة .

والأصح فى المسائل الثلاث السقوط . ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته فى الاحتمـال المتقدم الذى لم يذكره أحد من الأصحاب فيمـا علمت ، وان كان المعنى الملاحظ فيه موجودا فى كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف فى مسألة الكتاب وجهين الا صاحب البحـر فانه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان . وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعـد العلم به وقبل الرد بأن يكون فى مدة طلب الخصم والقاضى . والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده . وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعـده ، وكلام أبى سعيد الهروى فى الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجـد فى يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه . ذكر الامام ذلك فى كتاب التفليس .

(فـرع) اشترى جارية سمينة فهزلت قبل القبض ، ثم سمنت فردها ، هل للمشترى الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سمينة فهزلت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثانى ؟ (ان قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد . أما على الوجه من الطريقة الأخرى فانه ينفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا (ان قلنا) لا ينجبر الثمن الأول بالثانى فسخ ، والا فوجهان (أصحهما) لا .

(فـرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخـر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرفعة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرش • وذلك مستمر على جزمه فى هــذا الباب بسقوط الخيار • أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانهما هنا وسيأتى ان شاء الله الكلام فى زوال العيب بعد أخذ أرشه فى آخــر الفصل الثانى لهذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثــل أن يبيــع أرضــا فيهــا حجــارة مدفونة ، يضر تركهــا بالأرض ، فقال البائع : أنا اقــلع ذلك فى مــدة لا أجــرة لمثلهــا ســقط حق المشــترى من الرد ، لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار) •

(الشرح) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعهــا ، وقد تقدم الكلام فيها فى باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذى تقــدم هناك وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشترى ، والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط • وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع : أنا أصلحه وأبيعها لا خيــار للمشترى فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ، ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشترى وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك ، فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، واطــلاق المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغى أن يكون محمولا على ما اذا قلع • أما اذا اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحررة ما ذكروه فى كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المكترى الى الاصلاح • هذا اذا كان اشتمال الأرض على الحجارة المذكورة منقصا لها ، وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك فى العيوب . فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لا يعد اشتمال الأرض عليها عيبا صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم البائع بنقلها . ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول البائع : أنا أقلع أثر ، لأنه يلزم به ولا خيار للمشترى قبله ولا بعده •

فالصواب ما يوافق عباراتهم فى الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا بادر البائع الى القلع فى مدة لا أجرة لمثلها • وحينئذ تكون العلة أن ضرر العيب زال •

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا ، وهو لم يقل به . ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد . اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم • وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض • ولم يذهب أحد هنا الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذا من أن وجود الأحجار فى الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد ، وفيه وجه كما تقدم • وكأن الفرق ضعف الخيار ههنا ؛ لكون البائع مسلطا على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للظلامة ، بخلاف الزوال بنفسه •

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفى الاجارة من سقوط الخيار ، وبين ما تقدم من حكايته الوجهين فى زوال العيب قبل الرد ؛ وادعى الأولوية فى طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردى(١) قال : أرى أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه اذا كان بعد رد العيب وجهان . فمع بقائه أولى • وما ذكرته جواب عنه ، وليس المصنف مختصا بذلك •

وقوله : لا أجرة لمثلها ، قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ، ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام فى ذلك فيما لا يضر فى باب بيع الأصول والثمار •

وقوله : مدفونة ، يحترز عن المخلوقة • وقد تقدم حكمها • ومن الواضحات أن فرض المسألة فى حالة جهل المشترى بالحجارة •

---

(١) كذا بالأصل ، ولعله ابن الرفعة . (المطيعى)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أمسك المبيـــع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشـــترى على قبـــوله ، لأنه لم يرض الا بمبيـــع ســـليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امســـاك معيب ببعض الثمـــن • وان قال المشـــترى : أعطنى الأرش لأمســـك المبيـــع لم يجبر البائع على دفـــع الأرش ، لأنه لم يبذل المبيـــع الا بجميـــع الثمـــن ، فلم يجبر على تســـليمه ببعض الثمن) •

(الشرح) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شىء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقـــال الى غيره • وخرج عن هـــذا القصاص اذا عفا عنه يجب المـــال ، وان كان الواجب القود عينا • وعن أحمد أن للمشترى أخذ الأرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيـــار ففيـــه وجهـــان (احدهما) يجـــوز وهو قول أبى العباس ، لأن خيـــار الرد يجـــوز أن يسقطها الى المـــال ، وهو اذا حدث عند المشـــترى عيب فجـــاز اسقاطه الى المـــال بالتراضى ، كالخيـــار فى القصـــاص (والثانى) لا يجـــوز وهو المذهب ، لأنه خيـــار فسخ فلم يجـــز اســـقاطه بمـــال كخيـــار الشرط وخيـــار الشـــفعة ، فان تراضيا على ذلك وقلنـــا : انه لا يجـــوز فهل يســـقط خيـــاره ؟ فيه وجهـــان (احدهما) انه يســـقط ، لأنه رضى بامساك العين مع العيب (والثانى) لا يســـقط وهو المذهب ، لأنه رضى باســـقاط الخيـــار بعوض ولم يســـلم له العوض فبقى الخيـــار) •

(الشرح) الوجهان فى جواز التراضى على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء أكان ذلك البدل جزءا من الثمن أم غيره ، اتفقت الطـــرق على حكايتها • والجواب منســـوب الى أبى العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك • والمنع قال القاضى حسين : انه المنصوص ، وقال الامام : انه ظاهر النص والمصنف فى قوله : انه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب : انه ظاهر المذهب ، والمـــاوردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى

وغيرهما وفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة • والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش فى مقابلة ما فات من المـال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا فى خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن •

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخـر مسقط ، اما بأن يجهلا فورية الخيار ، أو يكون فى خيار المصراة على القـول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعـد اعراضا عن الرد • ونظـر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصـح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزى ، وقد عرفت ما فيه •

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسـائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجـردا فلا • انتهى •

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها فى المسـائل الثلاث للفرق المذكور • ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف فى المسائل الثلاث يخالف فى حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم • واكتفوا بنسبة الخلاف هنـا الى ابن سريج • وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لمـا أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المـال فى حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة • ولأن الأرش مأخوذ فى مقابلة حال نائب ولا جرم • قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصـح المصالحة عن الشفعة قولا واحدا • ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا • وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلا مقيسـا • وقول المصنف فى تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل فى الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ وابطال حق المشترى للتنقص • لكن هذا القياس لا يكفى بدون الغـاء الفرق المتقدم • والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن فى مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فانه ليس فى مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد •

(**التفريع**) وهو مذكور فى الكتاب (ان قلنا) بالصحيح : وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك : فان كان المشترى عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعا ، وان ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) حكاهما الامام عن نقل العراقيين ، وتعليلهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والقاضى حسين والبغوى والرافعى ومن التفريع أيضا أنا (ان قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فان كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البغوى ، ولا فرق فى جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجورى •

(**فائدة**) الأرش فى اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة . وأرشت الجرب والنار اذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الافساد بينهم ، وأما فى الشرع فقال بعضهم : هو عبارة عن الشىء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفائت (وقال) الرافعى : هو جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة •

(**فرع**) لنا صورة يرضى المشترى فيها بالعيب . ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك فى مرض موته ، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين • وسنذكره عند الكلام فى الأرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا فى تبعيض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضــاه (والثانى) يجــوز ، لأن العيب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفــرده بالرد ، وان ابتاع اثنــان عبدا فأراد أحدهمــا أن يمســك حصته وأراد الآخــر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك فى الايجاب لهمــا فجــاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخــر كما لو باع منهمــا فى صفقتين) .

(**الشرح**) هذه ثلاث مســائل . الأولى اذا كان المبيع عينــا واحدة فى صفقة واحدة ، فان كانت باقية فى ملك المشترى فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصــــفقة (والثانى) أن الشركة عيب ، فاذا رد النصف كان معيبا ولا يجــوز رد العين اذا حدث فيها عيب ، والمنع فى هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضى حسين أنه لا خلاف فيه .

قال الامام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضى حسين عن صاحبه فيما اذا باع النصف ، ومع ذلك غلطه ، وان كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور .

وقال المــاوردى : ان جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته . والتوقف حتى ينظــر ما يؤول اليه حاله . وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على ، وحكاه القاضى حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ، ولم يطرد المــاوردى هذا فى حال بقاء الجميع فى ملكه ، بل جزم بالمنع .

(فان قلنا) بجواز الرد فذاك ، ويسترجع قسطه من الثمــن بلا خلاف . قال الامام : اذ لو قلنا : يسترجع الجميع وباقى المبيع فى يده فكان مضيا الى اثبات شىء من المبيع فى يد المشترى من غير مقابل ، وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقى الباقى بجميع الثمــن ولا يسترجع شيئا ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع . كما قاله القاضى حسين فيما اذا أبرأ من الثمن . قلت : فالقاضى حسين وافق الامام على ما قال . وعلل بعــدم الفائدة فى الرد لو قلنا : يمسك الجميع . والله أعلم .

(وان قلنا) بالصحيح المشهور الذى جزم به المصنف انه لا يجوز

له الرد ففي حالة بقائه كله فى ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع . وفى حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردى عنه فى وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما اذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب ، وسنذكرهما فى كلام المصنف فى بيع الجميع بعد ثلاثة فصول إن شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش ، وبالعتق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقى وبالهبة على ما سنذكره فى كلام المصنف فى خروج الجميع ؛ فان على القول بامتناع الرد فى النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام فى الأرش كالكلام فى تعذر الرد فى الجميع ، حرفا بحرف ؛ والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لا رد ولا أرش .

قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع علي البائع بشىء ، ولا من قيمته من العيب .

وقال فى الأم فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب : واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة . فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشىء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعى رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع . فان فيه اشارة الى أن العلة كونه لم يأنس من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى .

وكلام المصنف رحمه الله يقتضى أنه اذا رضى البائع جاز . ولنا فى افراد احدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز . فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (اذا قلنا) بذلك ؛ فلو بذل المشترى أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتى فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب . وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشترى أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتى فى المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد الا برضاء البائع (والثانى) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرش التبعيض (والرابع) من غير أرش . وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردى ، والوجهان بعيدان والأكثرون على

القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف فى جواز التبعيض . ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلى • ولا شك أن ما ذكروه يظهر فى المتقوم للمعنيين المذكورين •

(أما) المثلى فالحنطة ونحوها اذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فأراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : ان قلنا فى العبدين يجوز فههنا كذلك والا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدى الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغى بناؤهما على خلاف سيأتى أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر (وان قلنا) بالثانى فالصفقة متحدة ، فينبنى على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثانى يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه •

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها فى البويطى فى آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا ، وان كان مما يكال ويوزن فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقى ، وهذا صريح فى الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشترى للمشترى بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيبا • قال القاضى حسين : فالمذهب أن له الرد اذ ليس فيه تبعيض الملك على البائع وقيل : لا يرده (قلت) وينبغى بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول فله الرد (وان قلنا) بالثانى فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسيأتى حكمه فى كلام المصنف فى بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى •

(فــرع) لو مات المشترى فى هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الرافعى ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرش ؟ فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) ان أيس على الرد رجع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضى حسين . وقد ذكر الرافعى هذه المسألة عند ما اذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى •

(والثانى) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله • حكاه الرافعى •

(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ويخير الذى يريد الرد على اسقاط حقه . قاله الماوردى . وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد فى شرح المولدات •

(المسألة الثانية) اذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور (احداها) ما ذكره المصنف أن يجد العيب باحداهما . وهما باقيان فى يده فهل له افراد المعيبة بالرد ؟ فيه قولان (أظهرهما) عند الماوردى والرافعى ، وقال القاضى أبو الطيب والرويانى : انه ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد . وهو المنصوص عليه فى الأم فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك . بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام . أو يختلف كالعبدين والثوبين . هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويطى أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض . ومقتضى ذلك أن يجوز افراد أحد الكرين بالرد •

(والقول الثانى) الجواز . واختاره الرويانى فى الحلية . والقولان عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالى والرويانى وغيرهم مبنيان على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز ، والا لم يجز . لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعى أن يكون قول التجويز اظهر . وأشار الى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة . ولا ضرورة الى تفريقها فلا يفرق يعنى وليس كما اذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين . وتلف أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا . وحاول ابن الرفعة اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد •

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعى فى الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فلم يجز من غير رضاه • وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة

اذا رضى . فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين ، بأن يقال : ان منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا ، والا فقولان . والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء . فانه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعـد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف . فانه علل قول الجـواز بأن العيب أخص بأحدهما . وهـذا يقتضى بمفهومه أن العيب اذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القـول بجواز تفريق الصفقة . فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولا بالمنع .

وان جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز . ومنعنا تفريق الصفقة ، قلت : تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعا . وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشترى ممنوع منه . وعلى تجويز التفريق القهرى فان أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة ، وان أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما . وعلة المصنف تقتضى عدم جريانهما فيما اذا كان المعيب فيهما ، وسأتعرض لذلك فى بقية الكلام ان شاء الله تعالى . ثم ان النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنـع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره ، فهو يرد التخـريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبنيا عليها الا أن يكون لنا نص فى موضع آخـر على الجواز . فى خصوص مسألة افراد المعيب ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذى يقول بالجواز هنا يقول فيما اذا اشترى شقصى دارين أنه يجـوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخـر ، وقد يحتمل ذلك فى شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه . قاله صاحب التلخيص .

قال الرافعى : والقولان مفروضان فى العبدين ، وفى كل شىء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخـر ، فأما فى زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتبا (ان قلنا) هناك لا يجوز فههنا وجهان ، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين اذا غصب فرد خف

قيمة الزوج[1] عشرة فتلف فى يده ورجع قيمة الآخــر الى درهمين ، هل يضمن خمسة أو ثمانية • ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالرد ، وان قلنا ثمانية فلا • واذا قلنا بالصحيح وانه لا يجوز الافراد ، فقال المشترى : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهــان (أصحهما) لا •• بل هو لغو ولو رضى البائع بافراده جاز على الأصح • هكذا أطلق الرافعى الخلاف ، وينبغى اذا قلنا بجواز تفريق الصفقه أن يجوز قطعا ، لأنه انمــا امتنع لضرر البائع وقد رضى • أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى • ولذلك قال الغزالى : انه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع • قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالى من أنه الأقيس جار على ما قــرره من البنــاء على تفريق الصفقة ، وقــد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتبا ، فكذلك الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح •

والمشكل طريقة المــاوردى فانه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عنــد عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد الســليم والمعيب معا على هــذا القول المــانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الاخــر المجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالى فى الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيبين ، وضعفه الرافعى • وحكى ابن يونس أن الغزالى قال : (اذا قلنا) لا يرد يطالب بالأرش ، وتعتبر القيمة يوم العقــد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس فى الوسيط ــ الا فيمــا اذا تلف أحد العبدين ــ والأرش يتعين فى مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن •

(قلت :) وهو كذلك ولا اتجاه لمــا قاله ابن يونس • نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

---

(1) اذا اراد الشارح زوجين فانه لا يقال فى الفردين مجتمعين زوجا قال تعالى : « **ثمانية ازواج** » ولم يذكر الا اربعة أصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين . واذا اراد واحدا على مذهب صاحب القاموس أن الزوج خلاف الفرد ، وفى المصباح : زوج نعال اثنين وزوجان اربعة ، وفى الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه .   (المطيعى)

معيبين يقول : انه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرش ، لكنه ينفيه قول الامام فيما اذا منعنا الافــراد : انه لم يختلف العلمـــاء فى جواز رد الجميــع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحــدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرش لامكان الرد • ولو أراد رد السليم وحــده قطع المــاوردى بأنه لا يجوز • وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجــوز تبعا ، وقد فقدت التبعية ، والله أعلم • واذا جوزنا الافراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف • وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة •

(فــرع) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله • واحتج من نصر قوله بأنه تم العقــد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد العيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب وزوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه •

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعيض لمــا شرط ، وبأن وصف تمام العقــد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجــوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده • فهذا الكلام فى ظهور العيب باحــدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها • وهى اذا كان السليم تالفا ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافــراد وان كان الباقى[1] الأولى المنــع وفى الثالثة الجــواز كما[2] ويرجح حمــل كلام المصنف على

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا : « وان كان الباقى تالفا فان الأولى المنع ، وفى الثالثة(١) الجواز كما قال المصنف » •

---

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقى سليما فيجوز له والا فان الابقاء على السليم (المطيعى)

العموم(١) القولين فى الصورتين أن القاضى(٢) فى حكاية القولين بين ما اذا كان العيب فى أحدهما وما اذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب(٣) سنذكره(٤) •

(الصورة الثانية) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقيان فله ردهما قطعا ، وفى افراد أحدهما بالرد القولان السابقان • هكذا قال القاضى حسين والامام والرافعى وغيرهم • وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع فى هــذه الصورة ، وان كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وانما النزاع فى جريان الخلاف عند غيره • وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد •

(قلت :) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعى رحمه الله تقــدم فى المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما اذا كانا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فههنا أولى ، ومن منع هناك اما قطعا كالشيخ أبى حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفقة ، ان قلنا : يفرق جاز والا فلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمــراد بالتفريق المبنى على التفريق القهرى ان منعناه امتنع هنا ، وان جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هــذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعى رحمه الله اقتصر فى باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس فى ذلك بيان الأصح •

وأعاد المسألة فى باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحــكم رد الباقى هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز ، لكن النص الذى سنذكره عن البويطى والنص الذى سنذكره عن اختــلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه . وهو ما يقتضى كلام المــاوردى أنه

(١ ــ ٤) بياض بالأصل نحرر : ولعل صورة المسائل هكذا : « ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفى كلا القولين فى الصورتين أن القاضى حسين فى حكاية القولين بين ما اذا كان العيب فى احدهما ، وما اذا كان فيهما واحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذى سنذكره ان شاء الله تعالى » . هذا ما ألهمنى الله تعالى من تقديم العبارة وانه اعلم سبحانه .

(المطيعى)

الأصح ، ولعل الأصح عند المـاوردى امتناع تفريق الصفقة . والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقى ، واسترد من الثمـن حصته بلا خلاف ، وقـد تقدم تعليله عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين . فلو اختلفا فى قيمة التالف فادعى المشـترى ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر فى باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه . أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به . وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعى الى نصه فى اختلاف العراقيين (والثانى) أن القول قول المشترى لأنه تلف فى يده فأشبه الغاصب مع المـالك اذا اختلفا فى القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل اهلاك فى يده ، وهذا القول فى اختلاف العراقيين أيضـا وقد رأيتهما فيه . ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فيه نظر سأنبه عليه فى آخـر الكلام . والاعتماد فى حكايتهما هنا على نقل الأئمة . وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره على استرجاع حصـة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشىء آخـر . ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضـا يجب الأرش عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرش اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان .

وان لم يجز الافراد فقولان فيما حكاه القاضى حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاه آخـرون واقتضى ايراد الرافعى والنـووى ترجيحه (أصحهما) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب ، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . وهـذا هو الذى نقله الربيع فى مختصر البويطى ، فعلى هذا ان اختلفا فى قيمة التالف عاد القولان لأنه فى الصورتين يرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقى . وعلى هذا القول يرد أرش العيب ، وهل النظـر فى قيمة التالف فى الصورتين الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فيه الخلاف الذى فى اعتبار القيمـة لمعرفة أرش العيب القديم ، وسيأتى ان شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين .

(والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف الى الباقى ويردهما ويفسخ العقد • قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب ، واحتج له بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك •

(قلت :) ولم أر ذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب ، بل الذى فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرش كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وانا ان قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن •

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقى وقيمة التالف ، ويسترجع كما فى المصراة ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعى ، لأنه نص على ذلك فى اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرع عليه ، وذكر الاختلاف ، فالعجب من الرافعى رحمه الله ، الا أن يكون القاضى أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكاه الامام وغيره وجعله الغزالى والرافعى رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم •

ولا تناف بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : (ان قلنا) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرش (وان قلنا) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : (ان قلنا) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ (فيه وجهان) فالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع فى نسبة الرافعى القول المذكور الى اختيار أبى الطيب ووافق الرافعى على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين فى ذلك ، أعنى فى ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاهما الامام وغيره ، ولم أر ذلك فى الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذى عرض للرافعى وتبعه هو عليه فى النقل عن أبى الطيب•

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصراة • فلعل الرافعى طالع ذلك وظن أن الضمير فى قال لأبى الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان يبينه ما فى تعليق أبى الطيب ، وقد تقدم الرافعى فى ذلك العمرانى فنقل المسألة فى الزوائد من الشامل • وزاد فقال : وقال القاضى : هذا هو السنة • قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [أنه] هو القاضى ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجملة فالقول منصوص عليه فى البويطى لأن فى مختصر البويطى : ولو اشترى ثوبين فى صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذى أعطاه ، فان اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى ، وهو يريد اسقاط الشىء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه •

قال الربيع : وله قول آخر : اذا اشترى شيئين فى صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له الى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشىء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه بقيمة العيب الذى وجده فى الثوب الباقى ، فهذا الكلام الذى فى مختصر البويطى يقتضى اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف الى الباقى ويردهما •

(والثانى) يمتنع الرد ويرجع بالأرش ، وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الافراد • فهما متعاضدان فى منع الافراد كما قدمت لك أولا •

وقد تأملت نصه فى اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا فى الرد واسترجاع القسط • وانما قال : اذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما فى يده ووجد بالثانى عيبا واختلفا فى ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى • والمشترى ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن • ولا نعطيه بقوله الزيادة • قال الربيع : وفيه قول آخر أن القول قول المشترى من قبل أنه المأخوذ منه الثمن • قال الشافعى

رحمه الله : اذا اشترى شيئين فى صفقه فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراهما صفقة . فليس له أن ينقضها .

(قلت :) وهذا هو معنى ما فى البويطى وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشترى وآخر كلامه المذكور صريح فى عدم الرد . وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب . وما قاله فى مختصر البويطى . وانما احتجت الى ذلك لقول القاضى أبى الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن . وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق . والقاضى أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح فى التفريق . فلعل له فى اختلاف العراقيين نصا آخر . وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين :

(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب . ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق . ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشافعى رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا .

(والوجه الثانى) من اعتراض ابن الرفعة على أبى الطيب أن اختلاف العراقيين قيل : انه من القديم ، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع(١) عن الشافعى رضى الله عنه ، وان فرعنا على هذا الوجه

---

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزى كلاهما من رواة الجديد ورواة القديم هم الكرابيسى والزعفرانى وابو ثور واحمد بن حنبل رضى الله عنهم أجمعين . (المطيعى)

وأنه يضم قيمة التالف الى الباقى ويردها فاختلفا فى قيمة التالف فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه حصــل التلف فى يده وهو الغارم . وبه جزم القاضى حسين مع حكاية القولين فى الصورتين الأوليين . قال : وكل موضع كان الغارم هو المشترى فالقول قوله ؛ وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين ؛ وفى التتمة حكاية وجه آخــر أن القول قول البائع لأن المشترى يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر فى الروضة أنه شاذ .

(**قلت**) فى مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمـــة التالف ، قال : فان اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى ، وهو يريد اسقاط الشىء عنه لمــا يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعــواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله فى التتمة بل هو هو . والقيمـــة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الأصح فليس كما تقدر على القــدر الآخــر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح . أشار اليه الامام فى باب التخالف .

(فــرع) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقى قطعـــا ؛ ويرجع بأرش التالف .

(فــرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقــد جمع الرافعى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفا ؛ وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضــا بامتناع الرد . لأنه لم يحصل اليأس من الرد ؛ وقد تقــدم فيما اذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقى فاشتركت صورة التلف وصورة البيع فى الترتيب ، على ما اذا كانا باقيين كما قال الرافعى رحمه الله ، لكن الصحيح فى الأولى الجواز . وفى الثانية المنع . وهــذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيبين أو باع الصحيح ؛ وبقى المعيب .

(أما) لو باع المعيب وبقى الصحيح فلا يرد الباقى الآن قطعا ، والكلام فى الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح فى ذلك يتوقف على

تحقيق العلة فيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتى ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول .

(فــرع) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الافراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظــر ، فان كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب . وان كان معيبا ففى هذا الموجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصــان العيب ، والآخر ليس له الرجوع .

(قلت) لعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عنــده المشترى ولم يدلس فيه على المشترى الثانى لشىء حدث عنــده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيــع اليه ، ويردهمــا معا ؛ وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجىء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرش العيب فى الثانى قولان . كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة .

(فــرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ؛ ولكنها مراتب ففى العبدين اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جــدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ؛ والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ؛ والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ؛ ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه : فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى .

(فــرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه . قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص .

(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدين باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما الى سليمين .

ولا يتأتى غير ذلك اذا كان المشترى جاهلا بالعيب . فانه انما بذل الثمن على ظن السـلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفسـاد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السـلامة كما ذكره الرافعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل :

(منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل •

(ومنها) فى المرابحة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب •

(ومنها) مسألة تقدمت فى الربا فى الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخـرج أحدهما معيبا اختار القاضى أبو الطيب وجمـاعة البطلان ، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجـوة ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله فى ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فبه ، ويقوى على أى طالب لأن الفسـاد فى قاعدة مد عجوة من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب •

(ومنها) فى تفريق الصفقة فى الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض •

(ومنها) فى غير ذلك ، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهى قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها فى مسائل كثيرة فى أبواب متعددة •

(فـرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد ، لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

فى التالف تبعا ، قاله القاضى حسين ، وانما ذكرته وان كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب فى الصفقة التى شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة اذ لا مورد أصلا . فلذلك نبهت عليه .

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) اذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما امساك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه فى كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك فى رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى . ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشترى ، وهو الأصح ، ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجازا كالمشترى الواحد . قال الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الامساك فذلك لهما ، لأن المعهود فى شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشترى النصف بنصف الثمن . انتهى .

(والقول الثانى) ويحكى عن رواية أبى ثور عن القديم وقال أبو داود : انه مرجوع عنه . وبه قال أبو حنيفة انه ليس له الانفراد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود اليه بعضه ، وبعض الشىء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة . ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وان تعدد المشترى متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذى جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة . ومنعوا أيضا من قال : خرج مجتمعا أشار المصنف رحمه الله فى استدلاله من قوله : ان البائع فرق الملك فى الايجاب . أى فلم يخرج مجتمعا . وأما من قال : كلامك ان أريد بصفة الكمال فهى معنى . وان أريد التأكيد فلا يفيد . ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة .

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد : ما لو قال : بعتكما هذا العبد بألف ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد اجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب • وآجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا فى المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع فى حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعى رحمه الله نصا فى الخلع يشهد له وقال الامام : انه الأظهر فى القياس ، ورجحه الرويانى فى الحلية (والثانى) وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعى ، وهو الأظهر فى النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكأنها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا • وفى هـذا نظـر من جهه أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد •

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخـر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى •

وعن الثالث بأن البائع هذا الذى شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشترى ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا • وقوله كما لو باع منهما فى صفقتين ، أى متعددتين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا •

وقال القاضى حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهمـا بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب • ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذا اشترى رجلان شقصا من واحـد ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة • وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور •

وقال أبو الظفر ابن السمعانى : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى ، لأن قوله : بعت منكما

فى جانبه كلمة واحدة • نعم فى جانب المشترى هى بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشترى لجاز ذلك لتعدد الجميع •

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة ، لكن يجوز لأحدهما ان يرد ، لأن الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ؟ فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدى الى تفويت واسقاط بعدم مساعدة الآخر له • وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التى كانت بين المشتريين قد زالت ، والتى وجدت بين البائع والمشترى انما وجدت بعدم الرد ، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده الى ملك البائع ، ثم الشركه تتبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذى هو معلول الرد سابقا لعلته ، وما قاله أولا لا يمكن تمشيته ، فان من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشترى العين الواحدة مستقل بالرد ، وليس كذلك لما سيأتى ان شاء الله تعالى • وما قاله ثانيا وان كان محتملا فيمكن الانفصال عنه • وقد ظهر لك بما تقدم أنا ان قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد (وان قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعيض ، هذا اذا نظرت الى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين اولا فى الانفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجويز التفريق ، وان منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعيض ؟ وان كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم ، والأصح من الوجهين الثانى لما سيأتى من كلام البويطى •

التفريع على هذين القولين ان جوزنا الانفراد ، فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد ، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد • حكى القاضى الماوردى فيه وجهين ، قال الرافعى : أصحهما أولهما • قلت والوجه الثانى بعيد جدا ، وكيف يقال ان نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا ، وكيف يقال ان نصف الثمن الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ؟ ووجهه الماوردى أنه لم يكن بينهما قسمة • وهذا توجيه ضعيف ، لأن ذلك يكون فى المعين لا فى المشاع ، فان النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعا ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا كان الثمن مشتركا

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك فى المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة فى نصف العبد الباقى فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة فى المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذى كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه فى نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك فى شيء منه • فلا وجه لهذا الوجه أصلا •

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ فى جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين آنه نصفه ، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو فى العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد فى نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد فى نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجملة فهذا الوجه الى الغلط أقرب • ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعيض الى ما يرد ، لأن البائع الذى أضر بنفسه ، قاله الامام •

وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعيض (أما) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثانى يمتنع وهو الذى جزم به القاضى حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعى والامام ، وقد تقدم عن نصه فى البويطى جواز ذلك فى المشترى الواحد ، ففى المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل ان اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر المزنى شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطى الذى حكيته مفيدا لذلك •

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذلك عند الامام ، وفيه غرض المسألة وبناه القاضى حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

فى القسمة ان قلنا افراز (وان قلنا) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه • هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضى ، ولم أره فى تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد ، والا فلا . كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر •

(**قلت :**) اما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضى حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغى أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضى فى الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (ان قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما فى يده بنصف ما فى يد شريكه • فيرد النصف الذى يملك من الشريك عليه ، فاذا رد يعود اليه النصف الذى يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك . قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بدراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم . فان كان قد علم به وهو فى يد المشترى الثانى له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره . وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا •

(**قلت :**) هكذا قال القاضى ، وهو على رأيه الذى سنذكره فيما اذا باع المعيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول . والصحيح خلافه ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش • قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش . وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبنى على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن . هل يجبر على قبوله كما فى مسألة النعل . وفيه وجهان (ان قلنا) لا . أخذ الأرش (وان قلنا) نعم . فكذلك فى أصح الوجهين . لأنه توقع بعيد . وانكان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففى الأرش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة •

وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف •

(منها) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضى حسين وغيره ، فان الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثانى) لا ، للضرورة • قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما اذا تعدد المشترى • قال القاضى حسين : فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهبه فى الرد بالعيب •

(ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود • وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك • فله أن يرد نصيب أحد البائعين • وكذلك لصاحبه ، قال القاضى حسين وغيره • ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله الماوردى •

(ومنها) اذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد • هكذا قال القاضى حسين •

وقال أيضا فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين • هكذا رأيته فى النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق فى ذلك أن يقال : لهما رد العبدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف فيما اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولى التفريق فيما اذا اشترى عبدين من واحد ، هذا اذا كان كل من العبدين مشاعا بين البائعين •

(ومنها) اذا كان أحد العبدين لهـذا ، والآخـر لذاك ، وجمعا بينهما فى الصفقة وجوزناه على أحـد القولين ، فهل له رد أحد العبدين بالعيب ان جوزناه فيما اذا كانا لواحد فهنا أولى والا فوجهان ، والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضى حسين ، وقد تقـدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحـد البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

(ومنها) اذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله أن يرد على أحدهما نصفى العبدين ، وليس له أن يرد نصفى العبدين عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبدين على أحدهما فعلى قولين • ولو أراد رد ربع العبدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضى حسين • قال : والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان •

(ومنها) اشترى اثنان عبدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم أنهما(١) رد العبدين قطعـا ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح كأحد المشتريين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح كأحد العبدين مع المشترى الواحد ، ولم أرها مسطورة •

(فـرع) جملة المسـائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ، أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشترى فقط • وهذه الثلاثة مذكورة فى الكتاب ، أو يتعـدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع والمشترى • أو المبيع والمشترى أو يتعـدد الجميع • ووجه أنه اما أن يتعـدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد واحد فقط • وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

---

(١) كذا فى ش و ق والراجح لضبط السياق : « أن لهما رد ... » (المطيعى)

(فــرع) لو اشترى شيئا واحدا فى صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقه أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحــد النصفين بالعيب دون الثانى بلا خلاف لتعــدد الصفقة •

(فــرع) هذا كله اذا تولى كل واحد منهما العقــد بنفســه أو كان عن كل واحد وكيل واحد • أما اذا عقــد بالوكالة وحصل التعدد فى الوكيل أو فى الموكل • فهل الاعتبار فى تعــدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه (أصحها) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقــد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل •

(والثانى) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل • قاله أبو زيد والخضرى ونسبه بعضهم الى أئمة العراق • وهو الأصح فى الوجيز •

(والثالث) الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد • قاله أبو اسحاق المروزى ونسبه الرويانى الى القفال • والفــرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له • ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع • قال الامام رحمه الله : وهــذا الفرق فيما اذا كان التوكيل فى الشراء فى الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع •

(والرابع) قال فى التتمة : الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل ، وفى البيع بهما جميعا ؛ فأيهما تعــدد تعــدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع ، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين ، فللشفيع أخــذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصا لواحد لم يجــز للشفيع أخذ بعضه ، وفى جانب البيع حكم تعــدد الوكيل ، والموكل واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع أخــذ بعضه ، واذا ثبت ذلك فى الشفعة ثبت فى سائر الأحكام •

قال صاحب التتمة : وهذا أبعــد الطرق ، لأن فى باب الشفعة

يأخذ من المشترى فاذا أخذ نصف ما فى يده أضر به ، وههنا يرد على البائع ، فاذا تعــدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررا ، واذا تعــدد الوكيل واتحـــد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا ، وهذا الذى قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرك الشفعة غير مدرك هــذا الباب ، ولذلك نقول فى الشفعة : ان الصفقة تتعدد بتعــدد المشترى جزما ، وفى البائع خلاف عكس ما فى هذا الباب ، ففى كل باب ينظــر الى المعنى المختص بذلك الباب •

(والخامس) اذا كان الوكيل من جهة المشترى فالعبرة بالموكل ، وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد ، وهــذا بالعكس مما قاله أبو اسحاق حكاه القاضى حسين فى تعليقه ، وهو مغاير لمـــا حكاه صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه فى تعــدد الصفقة واتحادها اذا جرت بوكالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا •

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشترى لنفسه أو اعتقــد أنه وكيل لواحـــد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجها سادسا فى التعــدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعــدد ، وهكذا يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره ، وعلى هــذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه ، وهو من نص الشافعى رحمه الله فى الرهن اذا اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفــر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ، وهل للبائع الخيار بخــروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ •

قال الشافعى رحمه الله : ان كان البائع عالمــا بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقــد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحـــد فله الخيار ، وكذلك فى هــذه المسألة ولا دليل فى ذلك ؛ على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل فى الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية عنه فى موافقة أبى اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكر ، وانمـــا ذكرت ما قاله

مع الأوجه فى تعدد الصفقة واتحادها . لأنا نحتاج اليه فى هذا المكان ، اذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع فى الرد ، ولابد من التفريع عليه ، وقد يجىء فى بعض الفروع بسببه ستة أوجه ، وضعف القاضى حسين قول أبى اسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخذ ابن الحداد ومأخذ أبى زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن ؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟ .

(فروع) على هذا الأصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معيبا فان قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا ، أو لقول أبى اسحاق ، فليس لأحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد ، وبه قطع الماوردى ، وقابسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج معيبا لم يكن لأحدهما افراد نصيبه بالرد ، وهل لأحد الموكلين والاثنين أخذ الأرش ؟ سيقع التعرض له ان شاء الله تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين فى آخر الفصل ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ، ويوافقه هنا قول أبى اسحاق ، وان قلنا بقول أبى زيد جاز لكل من الموكلين افراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذى حكاه صاحب التتمة ، والوجه الذى حكاه القاضى حسين على رأى القفال يفرق بين علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهل فلا لأنه لم يرض بتبعيض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ، وقاله القاضى حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل فى هذا الفرع ثلاثة أوجه .

(ومنها) لو وكل رجلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معيبا ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد : لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الأخر يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز . وحكى الماوردى الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ، وهو يقتضى طريقة بأن العبرة فى جانب الشراء بالعاقد ، وفى جانب البيع وجهان ، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا فى قول من نسب قول أبى زيد الى أئمة العراق .

(ومنها) لو وكل رجلين فى بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز •

(ومنها) على ما قاله الرافعى : لو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد ، أو وكل رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين افراد نصيبه بالرد ، وعلى الثانى والرابع يجوز •

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعيض وان جهله ، قلت : وهـذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك فى الشرح والروضة • وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام فى الأرش ، وغير عبارته فقال : اذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعى بالعبارتين وقدم الثانى على الأول ، وذكر حكم الرد فى الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثانى • وتبعه فى الروضة على ذلك ، والله أعلم •

(فـرع) نقل ابن الرفعة هذا الفـرع المتقدم لو كان المشترى واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك فى العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان • واختيار أبى اسحاق لا •• والثانى وهو الأصح وبه قال ابن أبى هريرة نعم •• لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا ، حكاه صاحب البحر والقاضى أبو الطيب فى كتاب الشركة •

(**قلت :**) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكروه هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهدة وان صرح بالمباشرة •

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد ، ورجلان رجلا فى شراء ، فتبايع الوكيلان فخـرج معيبا ، فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق ، وعلى (الثانى) و (الرابع) يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى (الثالث) فى جانب المشترى متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشترى من رجلين ، فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما ، وعلى (الخامس) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فلكل من الموكلين فى الشراء رد حصته بكمالها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين فى البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه فى هذا الفرع •

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وانما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر فى هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما قدمت •

وأما الرافعى رحمه الله فانه اختصر جدا • وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيته فى النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها فى الروضة وبعض نسخ الرافعى ، وعلى الأوجه الأخر يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع • فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على اطلاقه كما تقدم • وأما على الثالث فليس على اطلاقه وقد تقدم بيانه •

(ومنها) وكل رجل رجلين فى بيع عبد ، ووكل رجل آخرين فى شراء ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق • قال الرافعى والنووى : وعلى الوجوه الأخر لا يجوز ، والأمر كما قالاه على الوجه الثانى مطلقا • وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم فى ذلك ، والرافعى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس فى أصل المسألة ، فحصل فى هذا الفرع أربع طرق • وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى فى الرافعى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه •

(ومنها) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين فى الشراء دون البيع قال القاضى حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبى اسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبى زيد ليس له رد النصف • قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضى حسين أيضا ليس له الرد ، ولا يأتى هنا الوجهان •

(فـرع) اذا صدر العقـد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ، لأنه اما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، واما أن يتعـدد الجميع ، واما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة • واما أن يتعـدد واحد فقط ، وهو أربعة ، واما أن يتعـدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة فى الفروع الستة المذكورة ، وهى اذا تعـدد واحد فقط بصوره الأربعة ، وقسمان من تعـدد الاثنين وهما تعـدد الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا ، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، واذا أخذ مع هذه الأقسام تعـدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعا ويحتاج الفقيه فى حكم كل منها وتفريعه الى تيقظ ، والله أعلم •

(فـرع) فأما اذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه اما واحد أو متعدد • وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة فى تعـدد المبيع واتحاده ، فهذه ستة عشر فى البائع ومثلها فى المشترى ، وقبلها اثنان وثلاثون ، وقبلها فيما اذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها اما أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ، والله أعلم •

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر فى تعـدد الصفقة ، لأن له أثرا فى الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، فلو جــرى بصيغتين فلكل منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت الى الوارث ، كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن) •

(الشرح) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التى تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع فى الهبة والعيب فى المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المهذب •

وقال أبو الطيب فى تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فانه يتعلق بما فى الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشترى قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشترى ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما فى سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، وقل من صرح به هنا ، ولكن فى خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب •

(قاعــدة) الحقوق فى المهذب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفلس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأســواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجر ، وحق اللقطة ، وحق المــرور ، والاختصاص بالكلب ، وجلد الميتة ونحوهما • وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار فى النكاح خيار القبول وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل . وحق الرجوع فى الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين فى ابهام الطلاق ، وفى نكاح المشرك ، وتفسير الاقرار بالمجمل ، والله تعالى أعلم .

(فــرع) لو قطع ابن المشترى يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشترى قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الروياني : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب فى حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فاذا صح هذا فان إختار اجازة البيع لم يغرم شيئا للقطع لأنه ملكه . وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن . وفى القول الآخــر يغرم نقصان القيمة الحاقا للمماليك بالأموال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له وارثان فاختــار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخــر لم يجز ، لأنه تبعيض صفقة فى الرد . فلم يجــز من غير رضا البائع كما لو أراد المشترى أن يرد بعض المبيع) .

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الحداد ، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام ، وممن صححه الرافعى والجرجانى ، وقال الفورانى : انه ظاهر المذهب . واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعيض . وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله . واحترز بقوله : تبعيض عن خيار الشرط ، وبقوله الصفقة أى الواحدة عن المشترين وفيه وجــه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى . ونقله أبو اسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفــرق بينهما ظاهر . ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن اذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجملة هــذا

الوجه ضعيف (واذا قلنا) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأرش للذى منعناه من الرد ؟ فيه وجهـان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعـذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب ، لعدم اليأس ؛ فانه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الانكار ؛ رجع هذا بالأرش ، وان كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا • وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب الأرش مطلقا وان حصل اليأس ، لكن الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأرش فى حالة اليأس ، وهو الظاهـر ، فليكن قول القاضى محمولا على انه أراد تنزيل الوجهين على ذلك • وعلته فى الوجه الثانى ترشـد الى أن محله عند عدم اليأس • وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فانه حكى قول الرد وقول آخذ الأرش ، وقول التفصيل • كما قاله القاضى ونسبه الى القفال • وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأرش •

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضى حسين • والرافعى أجاز تعيينه فيمـا اذا وكل اثنان واحدا بالشراء • ومنعنا كلا من الموكلين من الانفـراد برد نصيبه ، فهل له الأرش ؟ فيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد ، ويأخذ الأرش ان أيس (والثانى) لا يرد الأرش (والثالث) يرد •

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش ، أى هل هو على سبيل التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ، وكذلك قطع المـاوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أى ان لم يوافق البائع على الرد •

وليس المراد أنه يجب الأرش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هـذا الاحتمال أن قول المنع الذى هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرش يجبر البائع ، كما قاله الماوردى ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشترى من الأرش ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون فى المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق فى ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الأرش عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشترى من الأرش ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض ، فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشترى من الأرش .

(وأما) الرافعى رحمه الله فانه قال تبعا لصاحب التهذيب فى مسألة الاثنين ، والموكلين فى الشرء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرش ، هـذا وان لم يحصل فكذلك على الأصح ، فأما جزمه بالأرش عند اليأس الحقيقى فجيد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضى يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة فى قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرش . هذا وان لم يحصل فلذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر .

(وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراده رده والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا) لا ، وجب الأرش والا فكذلك فى الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالفة لما ذكر هناك .

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرش — اذا لم يحصل الرضا — فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضى

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المـأخذ فى وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى رضى الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضى حسين والا فالأصح على ما قاله الرافعى والبغوى •

(فـرع) اذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد ، فهل هو أرش النصف ، أو نصف الأرش ؟ قـد تقدم فى كلام المـاوردى فى الاثنين (الثانى) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين فى الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأنا نثبته من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجـد العيب وقـد زاد المبيـع نظرت ــ فان كانت الزيادة لا تتميز كالسـمن ــ واختـار الرد مع الزيادة ، لأنهـا لا تنفـرد عن الأصل فى الملك ، فلا يجـوز أن ترد دونهـا) •

(الشرح) الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسـمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شىء على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرصاد اختلف الأصحاب فى أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلا فنسجه ، ثم علم به عيبا • قال المـاوردى : حكى ابن سريج فيه قولين •

(أحدهما) يتخير المشترى بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الامساك وأخذ الأرش ، لأن النساجة أثر لا عين •

(والثانى) أن البائع ان بذل الأجـرة فله أن يسترده منسوجا ، وان امتنع لزمه الأرش ، لأن النساجة زيادة عمل فى مقابلة عوض ، قال الرويانى : وهذا أصح عندى ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملى : وفى هذا نظـر وأن خيار البائع انما يترتب على امساك المشترى ، وطلب الأرش ، فكيف يجعل قولا ثانيا ؟ •

بل يتحـرر الجواب فى المسألة بأن نقول : المشترى بالخيار بين الرد ، ولا أجرة له وبين الامساك وأخذ الأرش ، فان اختار الامساك كان للبائع دفع أجرة النسج والرد ، فان اختار ذلك أجبر المشترى ، وان لم يختر أجبر البائع على دفع الأرش وقال صاحب التهذيب : لو زاد المشترى فى المبيع شيئا يصنعه بأن كانت دارا فعمرها أو ثوبا فصبغه ، ثم اطلع على عيب ان أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الأصل ، وان لم يمكنه ، فان رضى البائع بأن يرده ويبقى شريكا فى الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرش ، وسيأتى فرع طويل فى الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله عند الكلام فيما اذا نقص المبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسك الكسب لمـا روت عائشة رضى الله عنها « أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنـده ما شـاء الله أن يقيم به ثم وجـد به عيبا فخاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله •• قد استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان ») •

(**الشرح**) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم فى المستدرك وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصرا فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشـام بن عروة عن أبيه عن عائشة : كذلك رواه الشافعى فى الأم • ورواه الأئمـة المذكورون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد بسألته

العباس بن محمد عنه فقال : ثقة ، وكذلك قاله فى رواية الدارمى عنه ، لكن البخارى رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذاك •

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبى صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن هشام ، ورواه عنه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وتابع مسلما على روايته هكذا عمر بن على المقدمى ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه• رواه الترمذى عن أبى سلمة يحيى بن خلف الجوبارى وهو ممن روى عنه مسلم فى صحيحه عن عمر بن على ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال الترمذى فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام ابن عروة ولفظ الترمذى فى هذه الرواية : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وقد روى مختصرا أيضا من طريق هى أشهر من هذه وان كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة ، رواه الشافعى رضى الله عنه فى الأم والمختصر • رواه المختصر عمن لا يتهم عن ابن أبى ذؤيب ، وفى الأم عن سعيد بن سالم عن أبى ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذى وقال : حسن والنسائى والحاكم فى المستدرك من جهة جماعة عن أبى ذؤيب عن مخلد •

وعن مخلد قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، فقضى له برده وقضى على برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى مثلى هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرنى عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أنى لم أر فيه الا الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذى قضى به على له » •

وقد تكلم فى مخلد واسناده هذا ، فقال الأزدى : مخلد بن خفاف

ضعيف وسيد(1) أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن أبى ذؤيب ، وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه قال : هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث ، قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد الزنجى وهو راهب الحديث •

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل ــ يعنى البخارى ــ هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة • وقضاء عمر ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة • قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمان » هو الرجل يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ، فالغلة للمشترى ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان • وقال الأزهرى : الخراج الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شىء وغلة يؤديها اليك فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله •

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض • وقال الماوردى رحمه الله : الخراج اسم لما خرج من الشىء من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب : الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج •

قال : وقولنا : « الخراج بالضمان » معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشترى لأن

---

(1) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر ابو حاتم » والله اعلم .
(المطيعى)

الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وانمـا هو ملك المغصوب منه مضمون على الغاصب • والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على المـالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه له • ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه ، لأن ملكه وتلفه منها من ماله •

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخـراج بالضمان مطلقا ، وانما قالت عائشـة رضى الله عنها : « قضى فى مثل هـذا أن الخراج بالضمان » وفى ذلك الموضع كان الشىء ملكا له وقد حصـل فى ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغـلة له • والمغصوب والمستعار والوديعة اذا تعدى فيها كل هـذه المواضع لا ملك فلم تكن الغلة له • وهـذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له • وقد رأيت فى كتاب الأزهرى على ألفاظ الشافعى رحمه الله أنه اذا اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه ، فان الغلة التى استغلها من العبد وهى الخراج طيبة للمشترى ، لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان فى ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان • وهذا الذى قاله الأزهرى رحمه الله فى البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا •

واعلم أن ما حكيته من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعى رحمه الله فى الرسالة يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خـرج من تمر حائط وولد على الخراج ، وأن الشـاة المصراة اذا رضيها ثم اطلع على عيب آخـر بها بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن الحادث قياسا •

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح والحسن البصرى وابراهيم النخعى وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثورى والشافعى وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور • قال مالك فى أصواف الماشية والشعور كذلك وقال فى أولاد الماشية يردها مع الأمهات(١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأى أنهم ناقضوا فقال فى المشترى : اذا كانت ماشية فحلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرش ، وقال فى الدار والداية والغلام : الغلة له ويرد بالعيب •

(قلت) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشترى من المبيع ، اما أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منهما ، فالأول اما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة ، ومهر الجارية اذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع اذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من ذلك ــ نادرا كان أو معتادا ــ للمشترى أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده ، ويسترجع جميع الثمن قولا واحدا ، لا خلاف فى ذلك للحديث ، هكذا قاله جماعة •

وعن الرافعى فى تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتى عن القاضى حسين ما يقتضى جريان الخلاف فى المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان الليثى وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله : ويرد الهبة التى وهبها أيضا • وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى • وعن أبى حنيفة أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن أحدا يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له ؛ وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هى منافع محضة لا أعيان فيها ؛ ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هــذا الأصل ان شاء الله تعالى •

---

(١) سبق للامام النووى ترجيح قول من اطلق الأمات على الحيوان والأمهات فى الانسان (المطيعى)

(فائدة أخرى) الموجود فى النسخ فى لفظ الحديث قد استعمل غلامين[1] ــ بالغين المعجمة واللام المشددة ــ وضبطه صاحب الاستقصاء ــ بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام ــ وكل ما ذكر فى العبد فمثله فى الأمة الا الوطء فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، والى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكنى وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب فى اسم الغلة ، وان كان قد لا يشمله اسم الزوائد الذى تضمنه كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه فى كلام المصنف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث فى ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد) •

(الشرح) هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة مذاهب • مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب اذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعنى فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرش • وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأصل ، وهى الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا فى امساك النتاج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا فى الرد ، ومعتمدنا فى جواز الرد وجود العيب • وفى امساك الفوائد الحديث ، فان الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد فى رواية أخرى أن الغلة بالضمان ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل فى ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص

---

[1] كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا •

ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، وهذه قاعدة ينبنى عليها فروع هذا الفصل • وقد اختلف أصحابنا فيها ، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، لان العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذلك الفسخ ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده • وفيه وجهان آخران (أحدهما) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف بعد ، فاذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق فى ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرفعة : وفى الثانى نظر ، كيف يتقدم على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد فى الضمان وفى ذلك أيضا •

(والثانى) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش ، وهذا الوجه حكاه الرافعى عن التتمة هكذا ، وهو فى التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ، ومراد الرافعى بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ، وفى التتمة توجيه الوجه الذى حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع فى العقد بين موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن •

قال ابن الرفعة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفى العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد القبض ، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ، لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب فى فسخ النكاح •

(قلت :) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسـوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شىء من الحالتين •

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض ــ فاذا كان بالتراضى ــ فيرفعه من حينه ، وان كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة • وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطـل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه •

(اذا ثبت هذا الأصـل) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشترى له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقـد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لمـا كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النمـاء الحادث ، لكنا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل على أنه لا يجوز الرد ، وأيضـا قالوا : لا يجـوز رده بدون النمـاء المنفصل كالمتصل ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هـذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتاج •

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين ، وقد فرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقية الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم . وقال هنا يمنع الرد . وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها .

(الأمر الثانى) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا ، لأنه لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ، فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج فى رد الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ؛ بل يرد الفسخ على الولد مع الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضا ، ونحن نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه اليه[1] حاصلة ، ولكن سراية العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقودا عليه الا لكونه مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة . وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد فى الطرد والعكس .

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثق بالمرهون لا يرجع الى صفة فيه . وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم الا بالأم . والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد الهبة ، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما ، لأن الملك فى المستولدة نقص بالاستيلاد ، وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت كالمسلمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقة من وجه ، وهذا راجع لصفتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد فى أن نقصان الملك من المكاتبة هل يضاهى النقصان فى المستولدة ؟ أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر فى المرهون ؟ فتبين بهذا أنه انما يسرى الى الولد ما كان وصفا للأم والخصم يرد ذلك فى الرهن والبيع الى صفة فى المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاد .

فهذا فصل مفيد فى هذا المعنى من كلام الغزالى رحمه الله قال :

---

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسراية الملك حاصلة » . (المطيعى)

والنظـــر فى الفرق والجمع فى هذه الصورة دقيق ؛ والطريق فيه ما نبهنا عليه • واذا تمهــد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتـــاج والأكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها اذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما اذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الطريق مزيد اشكال ، فانه ان كان مبيعـــا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعـــا فامتناع الرد بسببه لا معنى له • وعند هذا قد تم النظر فى مذهبنا •

هذا كلام الغزالى رحمه الله فى المـــأخذ وقد تكلم الأصحاب فى الأولاد فى كتاب الرهن وهى ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة بصفة • والأضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشـــاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصـــوبة والمـــأخوذة بالســـوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل(١) •

وههنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين اما ضعيف القول المذكور ، واما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم فى البحث مع أبى حنيفة ، وفى كلام الامام والغزالى ما يشـــعر بالملازمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه •

(الثانى) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعـــد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين فى رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف فى الطريقة المشهورة

---

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا ان يصل الى هذه الأبواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونساله أن يلحقنا بأئمتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين • (المطيعى)

أن الفســخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثانى وهو الصحيح لا يرد (أما) اذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التى نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقــد من أصله ، وان أطلقه يريد به ما ذكره الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال فى الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذى أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله •

(الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما اذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وانما الخلاف فى طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به •

(الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد اذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق فى ذلك بين الزوائد التى حصلت بعد القبض والتى حصلت قبله بلا خلاف وانما محل الخلاف فى الزوائد قبل القبض اذا كان الرد قبل القبض وقد وقع فى الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فانه قال : يسلم الزوائد للمشترى ان حصلت بعــد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أى الرد ويستقيم الكلام •

(الخامس) فى عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعى أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفى عبارة آخرين منهم القاضى حسين والامام أن الرد قطع للعقــد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفى عبارة الماوردى شىء منه ، ويعرض فى ذلك بحثان •

(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ •

(والثانى) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ (والجواب) أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد ، فان القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شىء من ذلك رفعا ، والرفع من حينه يسمى قطعا لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا • ولذلك وقع كلام الامام والماوردى رحمهم الله تسميته بالقطع •

والسر فى الفرق بين الرفع والقطع الذى ليس برفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم • واستصحاب ما كان قبله حتى ان الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فانها مقتضية ملكا جديدا هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقا ولا أبطل العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فافهم ذلك • فان الانسان اذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فانه نقض لشرائه وابطال له •

(وأما الثانى) وهو أن الفسخ من الأصل • هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقد لم يوجد فان العقد موجود حسا بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل فى نهاية الاشكال • فان السبب الرافع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم المسبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبيين ، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه . ولا يوقف الأمر فى ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك — وانما يتبين عدم الملك — لكان ينبغى أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشترى أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم فاتت بنفسها . الا أن يقال ان ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع .

لكنا نقول : انه انما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للاباحة فاذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترطنا اذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطىء وأما قبضه المشترى منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشترى من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالى عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشترى بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض . وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشترى أنه يصير ملكا لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هوبطريق السهل ، بل كما قاله الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود ، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع .

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه باذن المشترى صحيح ، وقبض المشترى لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشىء ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجرة الاستخدام ونحوها . وانما الخلاف فى الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع •

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ، بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم ، ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا اليه • ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة من نفس المبيع • وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذى قبضه المشترى معها •

(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان ، فينبغى أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثانى لم يقل به الا على وجه ضعيف فى بعض الصور ، وهى ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث فى ذلك ، والعمل بها فيما بعد القبض للمشترى ، والجواب أن محل الحكم الذى ورد فيه النص انما كان بعد القبض اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله : قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان • فيكون الخراج معللا بالضمان فى الملك • وذلك مفقود فى البائع وفيما قبل القبض •

(فان قلت :) المحل لا تأثير له ، والعلة التى ذكرها الشارع الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل القبض للمشترى فيه نقض للعلة فى جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها فى جانب المشترى •

(قلت :) قال الغزالى رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشترى وقبل القبض معلل بعلة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت فى ملكه ، والحكم قد يعلل بعلتين يعنى فاقتصر النبى صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فان الغنم فى مقابلة الغرم . وان كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر ، والله أعلم .

(السابع) أن الخلاف المذكور فى رفع العقـــد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام فى سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى فى الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ .

(والجواب) أن المشهور فى هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى فى الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة فى كونها رفعا للعقـــد من حينه ، والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقـــد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر فى باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين فى الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض (أصحهما) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون فى الاقالة اذا جعلناها فسخا وخرجوا عليهما الزوائد .

(**قلت :**)وذلك وان أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا فى الرد بالعيب ، فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف فى تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين فى الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع فى يد المشترى فى زمن الخيار (ان قلنا) ينفسخ ارتفع ههنا ، والا فالولد هنا للمشترى ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة فى باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ؛ فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته فى طرد الخلاف بعد التقابض ، فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض .

(**وان قلنا :**) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه ينفسخ بنفس التخالف كما هو فى

التتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بانشــاء الفسخ ، والقياس جريانه • وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر فى بابه أنه اذا فسخ وقلنا الملك للمشترى فالأصح أن الأكســاب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه • والقول الآخــر بأنه من أصله يجرى فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف فى الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست فى رتبة واحدة وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها فى حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول •

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعا ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم اذا كان رأس المـال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت فى المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول انه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعا ؟ والأشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فان الشافعى رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، اذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك فى باب الربا •

(الثامن) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعــا ، خلافا لـــا قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه • أنه هل يجب رد الكسب والغلة • على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل • والخلاف فى السلم مشهور • وقد تقدم له ذكر فى باب الربا •

(والجواب) أن الخلاف المذكور فى السلم مأخذه أمر آخــر • وهو أن الملك على أحد القولين فى المســلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد ٠ فاذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا ٠ فهذا هو القائل برد الأكساب ، والقول المقابل له ان الملك بالقبض ٠ ثم انتقض بالرد ٠ فعلى هذا ينبغى أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب٠ وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب ٠ فافهم ترتيب هذا التفريع فانه من محاسن الكلام ٠

وقد ذكر ابن أبى الدم أن الامام والغزالى ذكرا وجهين فيما اذا رد المسلم بعيب ٠ هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ؟ ومراد ابن أبى الدم الخلاف الذى قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بانه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب فى قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم ٠

(التاسع) الزيادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثانى) ان تكون حادثة بعد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد فسيأتى فى كلام المصنف فى بقية الفصل ان شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب ٠ أو صارت فى حكم المنفصل كالثمرة اذا أبرت ؛ أما لو لم تكن كذلك ، كما اذا ردها وهى حامل بحمل حدث بعد القبض ؛ حيث نقول : ان الحمل ليس بعيب ، أو رد الشجرة وقد أطلعت طلعا غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهى مستفرغة الصوف ٠ فحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث فى ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه ؟ ٠

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس ؛ وجزم القاضى حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ٠ ولا يسلم له الحمل ان كانت علقت فى ملكه ؛ لأنه لا يمكن افراده بالبيع فهو كالثمن ٠ وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطا ٠ وقال القاضى أبو حامد : انه أولى القولين ؛ وقال القاضى

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشترى ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفى وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد .

(وان قلنا :) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله فى باب الفلس أن الأكثرين رجحوه فى رجوع غريم الفلس ، وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب .

وأيضا فانه رجح فى الفلس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان فى البيع متتبعان فى الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود فى الرد بالعيب .

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع فى الفلس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشترى ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة فى أخذها قسطا على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشترى أيضا قبل التأبير ، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص ، لأنه فى الجارية يقل النشاط والجمال ، وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب .

(فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرش ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشترى امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشترى — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وان قلنا :) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد . قاله القاضى الماوردى رحمه الله .

وأما الجارية فان كلامه يقتضى أنه يجوز له امساكها حتى تضع وردها فى الحال فانه ان ردها وهى حامل كان الحمل للبائع ؛ لان المشترى اختار ترك حقه فليس له استثناؤه ، فرق الجرى بين ذلك وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ، لم يكن الحمل مردودا معها لأن الحمل فى هذه الحالة لا يتبع ، وممن بنى الحمل على القولين فى المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال الرافعى •

وحكى مع ذلك وجها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن انه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التى لم تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الأصل ولا يمسك (والثانى) يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز افرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصحح الرافعى رحمه الله من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على الحمل فالبحث معه فيهما ، والذى يتجه هنا أن يكون الأصح الأول ، وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ، لأنه الأظهر الذى نقله المزنى فى رجوع البائع فى عين ماله اذا أفلس المشترى وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه الثانى ، ولذلك قال : فأثمرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفى الفلس حكى القولين من غير ترجيح •

وأما اللبن الحادث فى الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما للمشترى ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع فى تعليقه مفرقة فى موضعين • وقال المتولى والبغوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين فى الفتاوى وفى كل من الكلامين نظر ، والصحيح ما سأذكره فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

(واعلم) أن الحمل يندرج فى المعارضة قولا واحدا ، وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان (فالأظهر) فى الرهن الاندراج بناء على أن له قسطا ، وفى الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ؛

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفى الرجوع فى الهبة بناه الرافعى على المقابلة ، كما فعل بها فى الرد بالعيب فيقتضى أن الأصح عدم الاندراج ، فالرافعى رحمه الله سلك طريقة البنـــاء فى المواضع كلها الا فى الفلس ، لمـــا وجد ميل الأكثرين ، ونص الشـــافعى رحمه الله فيه الى خلافها والقاضى حسين جرى فى الرد بالعيب والفلس على قاعـــدة واحدة لكنه سلك طريقة البنـــاء فى اندراج الحمل فى الرهن ، وهذه أمور مضطربة •

فالامام رحمه الله أجرى القولين فى جميع ذلك جريانه فى الرهـــن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضى حسين رحمه الله ، والذى يظهر فى ذلك أحد أمرين (اما) أن نقول : ان عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هـــذا يستمر نصه المنقول فى الفلس على الاستتباع فى الرجوع (والجديد) الذى نقله الامام فى الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع فى الرهن (واما) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ، وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة افرادهما بالبيع ، وانما لم يدخلا فى الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه •

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن فى مدة طلب البائع للرد ، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فانه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله •

وقال القاضى حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خيـــاره لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية فى أنه يشترط المبادرة الى التلفظ بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك •

وقال القاضى حسين رحمه الله أيضـــا : ان ردها مع الصـــوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح فى أن الصوف تابع ، أما على رأيه فى أن الصوف يبقى للمشترى ، فاجبار البائع على القبول اذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون ، كما فى رد البهيمة مع النعـــل ان كان الجز غير معيب لها ، فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما فى نظيره فى النعل وان كان معيبا لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغى أن يأتى فيه الخلاف فى أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه فى مسألة النعل الثانى فليكن هنا كذلك حتى اذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشترى .

وأما قول الرافعى رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهى أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز افرادها بالبيع على أحد الوجهين . وفيها طريقة قاطعه لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم . وقد تقدم فى باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام فى التأبير ، فان أراد أنه اذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الرافعى فى قوله : ان الحمل يبقى للمشترى فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية : وكذلك الأصح عند الرافعى دخوله فى الرهن وعدم دخول الصوف ، وان أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه ـ وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب فى طريق الرد ـ فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ؛ ومن الرافعى منعه . وتبين الراجح منهما ، ولم يذكر الرافعى رحمه الله مسألة اللبن ؛ وهل تتبع فى الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ؛ وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الرافعى ينبغى أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل .

(فرع) من تتمة الكلام فى الحمل ؛ جزم الجورى بأن الحمل يكون للبائع اذا ردت عليه بالعيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشترى مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ؛ قال : لأنها اذا حملت عند المشترى له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها . فاذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه ؛ فليس له استثناء الولد ؛ ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها اذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب . لم يكن الولد مردودا . وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة .

(فــروع) لو اشتراها وعليها صوف وفى ضرعها لبن فطــال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب ، وقلنا بأن الصوف تابع فى الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضى حسين فى تعليقه من ان الصوف واللبن الحادثين للمشترى فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقهما ، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال فى جــواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله المــاوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم •

وقال الشيخ أبو حامد فى آخــر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد • وان جزه ثانيا فالمجزوز ثانيا له مختص به ، فان لم يجــزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيمــا اذا لم يكن عليها صوف حين العقــد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لمــا حكيته عن تعليقه الا أن تكون المســألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذى كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر فى هذه المسألة نقلا •

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شيء موجود عند العقد فيلتفت على أنه هل يرد الثمن فى غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك فى آخــر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضــا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فنبتت فى يد المشترى ثم علم بها عيبا يردها ويبقى النابت للمشترى ، هكذا قال البغوى والرافعى رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتــداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى أيضا كما تقدم •

(فــرع آخــر) اذا قلنا الزيادة تسلم للمشترى كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث فى يده بعد العقــد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن فى صورة غير الفسخ •

(وان قلنا) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع • قال الغزالى : له حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين فى جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وانما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالى رحمه الله لاحظ ذلك فعلل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك انه يحبسها للثمن •

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالى رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ، قلت : أو يقال بأنه لـمـا توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجرى حكمه عليها فى الحبس بالثمرة ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشترى الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضى جواز حبسها ولا تنافى بين كلام الامام وكلام الغزالى • وقول الامام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به • وقال القاضى حسين : لو اشترى حاملا فمخضت فى يد البائع فلا خلاف فى أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذى ذكره الامام والغزالى ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شىء من الثمن قطعـا وليس كالولد الذى كان حملا عند العقد ، فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله فى جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر • والأقرب أنه مثله ، وهل نقول فى الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه ؟ فى كلام القاضى أبى الطيب فى احتجاج الحنفية أنه دخل فى حق التسليم ؟ وأجاب بأنه لم يدخل فى حق التسليم المستحق بالمبيع ، وانما يجب تسليمه اليه بحق المـال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكين • وقد صرح البغوى رحمه الله بأنه أمانة فى يده ، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكن من رده لا يضمنه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس •

(**فرع آخر**) عن المزنى فى مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشترى ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال الماوردى : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

(**قلت**) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذى جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشترى من البائع شيئا ، وانما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرش ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة انها تباع دون الولد) •

(**الشرح**) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشترى وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع(١) العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

---

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « **اطلع الغيب ام اتخذ عند الرحمن عهدا** » وتتعدى بالجر ايضا . .

(المطيعى)

من الرد ووجب الأرش وأما اذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب فى جواز الرد ، فالذى قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو فى ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر فى المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب • وقال الرويانى رحمه الله انه المذهب ؛ ووافقهم ابن أبى عصرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعى رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقــل أنه قال فى القديم : اذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد اذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقــل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعى رحمه الله الا فى القديم •

والوجه الآخــر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخــر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الرويانى فى البحــر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وجزم به الجرجانى فى المعاياة ؛ وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره فى كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة • وكلام الرافعى رحمه الله يشــعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين فى ذلك وقال : وسنذكر نظيره فى الرهن •

ثم ذكر فى الرهن : اذا رهنت الأم دون الولد • ان صح أنهمــا متبايعان جميعا والا يفرق بينهما • وكذلك وافقه على تصحيح هذا فى الرهن القاضى حسين والمــاوردى والمحاملى فى التجريد من تعليقــة أبى حامد والبغوى فى التهذيب والمتولى فى التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك ؛ فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعــلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغى ههنا كذلك ؛ وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله • وقال الجرجانى الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع فى الرهن والرد بالعيب ؛ وسأذكر له فــرقا ان شاء الله تعالى • وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنــع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقــل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها •

وطريق الجواب عن المصنف فى ذلك أن يفرض فيما اذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشترى الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرش ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعى رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبى حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فان الشافعى رحمه الله له نصان فى المختصر •

(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هــذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفريقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفريق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة فى الحال ، وانمــا التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معــا • ويحذر من التفريق فان أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون فى تفسيره كما رأيت • والتفسير الثانى هو الصحيح لعــدم افضائه الى محذور • وليس فى النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما فى لفظة الكتاب •

والنص الثانى فى المختصر أيضا قبل ذلك فيمــا اذا وطىء الراهن الجارية المرهونة قال الشافعى رحمه الله : فان أحبلها ولم يكن لهمال غيرها لم تبع ما كانت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهــذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعــد ارادته ، لأن الولد ههنا فى هذه الصــورة حر لأنه ابن الراهن المــالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجـــوز التفرقة على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ، واذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا فى الرد بالعيب مملوك ، وهــذا لا يخفى عمن هو دون المصنفَ والشيخ أبى حامد وان أراد نصا آخــر فلم أعلمه ، والله أعلم •

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى ، وأنه هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب قال فى الرد عليه : ولهذا قال الشــافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة اذا حبلت لم تبع ما دامت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها • وقال صاحب الشامل : اذا كانت جارية فولدت حرا بياع الرهن دون الولد ، لأنه موضــع حاجته • وقال صاحب التتمة : كالمرهونة اذا علقت بولد حــر ، والجارية الجانية اذا كان لها ولد حر بيعها دون الولد • وقال الروياني : المذهب أنه يجوز هــذا التفريق كما قال الشــافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة اذا ولدت حرا : تباع الأم لحق المرتهن دون الولد ، لأنه موضع حاجته فى الأم •

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم انما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحــر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصـــلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة وان كان الولد هنا رقيقا وهنـــاك حرا فانه لو لم يجز الرد ههنا أدى الى ابطال حق المشترى من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملكَ ، واذا كان الولد حرا الفرقة حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق فى الملكَ وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر •

(الكلام الثانى) فى تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيـــع فى الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مســـوغين للتفريق (أحدهما) الضرورة والا لأدىَ الى ابطال حق المشترى من الرد ، والزامه أخذ الأرش وبقاء المعيب فى عقد عسر ، فلا طريق له الا الرد • وأما الراهن فانه يجب عليه وفاء دينه ، فان كان مال غيره وفينا منه

ولم يبع ، لمـا قاله المـاوردى هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية المرهونة ، والشـارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فانا نبيعهما توصلا الى وفاء الدين الذى التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف فى الفرق ومصحح لمـا ذكره المصنف رحمه الله •

(والأمر الثانى) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا فى الفسخ ما لم يغتفروا فى انشـاء العقود ، ألا ترى أن الأصـحاب رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسـلما بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا [فان] له استرداد العبد فى أصح الوجهين ؟ ولو وجد مشترى العبد به عيبا فطريقان :

(أحدهما) القطع بالجواز •

(والثانى) على الوجهين • ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسـائل الثلاث اغتفروا فيها حصـول ملك الكافر على المسـلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشـاء العقد • وعلله الغزالى رحمه الله فى المسألة الأولى بأن الاختيار فى الرد اما عود العوض اليه فهو قهرى كما فى الارث واستشكله الرافعى ، ورأى أن الأصعوب فى توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك ، والامام علله بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد •

وله فى رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أى وهو التخلص من عيبه وهـذا الغرض ــ وهو التخلص من العيب ــ حاصل فى الجارية اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد منها •

وأما الفسخ وحده فليس بكاف • ألا ترى أنهم جزموا فى الفلس بعدم التفريق لمـا كان مال المفلس كله معيبا ولا ضرورة تدعـو الى

التفريق ، وان كان الرافعى رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح •

وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاه المتولى أيضا عند الكلام فى التفريق بالبيع ؛ وكذلك ملاحظة الفسخ لابد منها ؛ والضرورة وحدها لا تكفى ؛ ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد • هذا ما ظهر لى فى تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله • ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه فى فرض المسألة اذا رضى البائع بالرد . أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ؛ وهو بعيد ؛ والأول أقرب ؛ والله أعلم •

(**التفريع :**) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قاله الجرجانى والرافعى ، وعلله الجرجانى بأن الرد كالميئوس منه . ولك أن تقول : أنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام فيما اذا كان البائع بعيدا حكيناه فيما اذا رضى أحد المشترين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد • والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ؛ ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة النعل ؟ (فان قلنا) بالاجبار فههنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما اذا لم يحدث عيب جديد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتراها وهى حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم ، رد الجميع (وان قلنا) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد) •

(**الشرح**) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن • فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثانى يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله • ويأتى فيه أيضا ما تقدم فى الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد •

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى فى العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشترى ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذاك بما اذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى فى نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك •

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبغوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف فى كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشترى جار مع العلم ، وفرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجناية على قولنا : ان ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعا لأثره حتى يكون ما يوجد فى يد المشترى ، وان كان من سببه منسوبا الى يد المشترى لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا ، فان

المشترى عالم بالحمل ، فكذلك النقصان الحادث عنده منسوب اليه • وقد وجدت بعد ذاك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال •

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الرافعى لتصريحه بالحكمين فى المسألتين على أن الماوردى رحمه الله فى أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشترى ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شىء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضى حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب الى البائع فى عدم منع الرد بغيره مع علم المشترى ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل • والذى خطر لى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فانه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فان الحمل عيب فاذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب آخر •

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهى الحالة التى كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقى النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة فى يد الزوجة وسببها فى يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجزى فيه الخلاف ، فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل فى يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما فى المشترى ههنا ، هذا ما خطر لى فى ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم •

(فرع) أطلق الرافعى رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والماوردى وابن الصباغ

رحمهما الله فرضا المســألة فيما اذا كانت الولادة عند المشترى ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها اذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد اذا اطلع على عيب آخــر ، أما اذا حصل نقص فقد قدمت كلاما فى أن العيب الحادث قبل القبض اذا استند الى أمر سابق علم المشترى هل يكون موجبا للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا ؟ والذى ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعــا وقد صرح صاحب التتمة أنه اذا اشترى أمة مزوجة عالمــا بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعى رحمه الله ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيــع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفــاع لا يتضــمن نقصــا فلم يمنــع الرد كالاستخدام) •

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلمــاء فيها على ثمانية مذاهب •

(أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئا ، وهو مذهبنا الذى نص عليه الشافعى والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمــان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا فى ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضــا لها على المشــهور ، ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها ، فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشترى كأب وابنه أو لا فان ذلك لا يمنع الرد •

(والمذهب الثانى) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ، وهو قول أبى حنيفة والثورى وأبى يوسف واسحاق ، وروى ذلك عن عمــر وعلى بن أبى طالب وابن سيرين والزهرى •

(والثالث) أنه يردها ويرد معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبى ليلى وشريح فى رواية ، وقيل : انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر : المهر فى قول ابن أبى ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها • بذلك صرح عنه غيره •

(الرابع) يردها ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حي وعبد الله بن الحسن •

(والخامس) يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح والنخعي وقتادة ، وروى من طريق الشعبى عن عمر •

(والسادس) يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبى •

(والسابع) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز ، وهى رواية عن على بن ابى طالب ، فلا يردها ولا يرجع بشىء على هذا القول •

(والثامن) يردها ويرد معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ، وروى عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنانير ، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق • هذا فى وطء الثيب • وأما البكر فسيأتى الكلام بها فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر ، وهو قول الشعبى والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردها ولا شىء معها كمذهبنا ، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرش ، كمذهب أبى حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشىء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردها ويرد معها شيئا كمذهب الباقين •

فأما من يقول : يردها ورد شىء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثانى فى القول بامتناع الرد عليهما فى ذلك واحد ، فليجعل الكلام فى جواز الرد

وامتناعه ، ومعتمدنا فى ذلك أن وطء الثيب شىء لا ينقص من عينهـا ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعيبها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب فى يد المشترى • وقلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا • وهذا الدليـل الذى ذكره المصنف ، واستدلال الشـافعى رضى الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة ، يعنى أن الوطء يمتع ويلذ ويطرب والخدمة تلد وتزيت(1) وتتعب ، فاذا لم تمنع الخـدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمنع ، فهذا الدليـل هو الاول لكن بقياس الاولى • وأيضا بالقياس على وطء الزوج • وقد اتفقوا على أنه لا يمنع الرد • ولذلك اذا أكرهها انسـان على الوطء فان كان وطء الثيب يقتضى وجوب أن يقع وطء الزوجة والمكرهة ، فان لم ينقص وجب أن لا يمنع وطء السيد ، وبالقياس على ما اذا غصبها المشترى من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وفاه وسلمها اليه وجـد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم ، فان اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشترى مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فانه مستحق • ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فان اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كانه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمنع وطء الزوج الثيب •

وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشترى لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة ، واذا كانت مستحقه بالبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع •

(**فالجواب**) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لـما منع ذلك من الرد ، وقـد تعـلق

(1) قال فى القاموس : زاتهم أطعمهم اياه ، واستزات طلب الزيت . (المطيعى)

المخالفون فى ذلك بأمرين (أحدهما) أن الصحابة رضى الله عنهم فى هده المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه (والثانى) يردها ويرد معها المهر • وهو قول عمـــر رضى الله عنه ، فالقول بأنه يردها ولا شىء معها احداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعاني والغزالى ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضى الله عنهم قالوا : لا يردها • وعمـــر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما قالا : يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها ، وايراده على الوجه الأول الأشهر ، وأقرب فى النقل ، والجواب عنه من وجوه :

(أحدها) ما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف الحديث فانه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : روينا ذلك عن على • قال الشافعى : قلت : أفتيت عن على ؟ فقال بعض من حضره : لا •• فروينا عن عمر يردها • وذكر عشرا أو نحو ذلك • قال الشافعى : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا •• قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمـــر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعى رضى الله عنه اشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمـــر ، ولا عن على رضى الله عنهما • وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة • وأمثلها الرواية عن على ، فانه لا يردها ويرجع بقيمة العيب ، وهى منقطعة لأنها من رواية على بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فانها من رواية ابن أبى شيبة عن حفص بن غياث عن جعفـــر بن محمد بن على بن الحسين عن أبيه عن جده عن على رضى الله عنهم •

ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعى ، فانه كان قاضى الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقى من طريق جماعة عن جعفـــر • ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة • ونقل القاضى أبو الطيب أن الشـــافعى قال فى اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة فى ذلك شىء واذا كان كذلك سقط التمســـك الذى ذكروه ، والذى رأيته فى اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت فى اختلاف العراقيين قال : ولا يعـــلم ثبت عن عمـــر ولا عن على ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعى • وقال أبو المظفر ابن السمعانى : قد جهدت غاية الجهـد أن أجد ما قالوه فى كتاب فلم أجده وانما هى حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق ، وسـعى السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شىء سوى على •

(الثانى) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت • ذكره أبو على الطبرى فى مسـائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه • قال القاضى أبو الطيب : وحكى لنا ذلك — يعنى الرواية عن زيد — أبو الحسـن الماسرجسى — ونقله المصنف فى النكت • واذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعانى قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح •

(الثالث) أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه •

(الرابع) أن مذهبنا موافق لعمـر ، فانه أثبت الرد فوافقناه فى أصل الرد • والاختلاف بعد ذلك فى أنه يرد معها شيئا أو لا ، اختلاف فى كيفية الرد •

(الخامس) أن احداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور فى أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم فى جواز الرد وبعضهم فى اسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقا للاجماع •

(الأمر الثانى) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلا مما يقرر المسمى فى النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، وبأنه ينالها فى ذلك ابتذال وينقصها • فانه قد يكون المشترى أبا البائع أو ابنه فيحـرم فتحرم عليه ، فمنع الرد كسائر العيوب • وتعلقوا أيضـا بأن الوطء جناية ؛ لأنه لا يخلو عن عقـر أو عقوبة فى الغالب ؛ ولا يباح بالاباحة فأشبه القطع • والرد رفع للعقد من أصـله ، فلو ردها كان الوطء حاصلا فى ملك البائع ، وهذا لا يجـوز ، لأن الوطء فى ملك الغير لا يخـلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر • فبطل الرد •

وربما قالوا فى هــذا : انه اذا كان واقعا فى ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لـمـا بعد • ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطء لا يخلو عن عقــر أو عقوبة الا اذا كان فى الملك ، وقد انتفيا عن المشترى بالاجماع • فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله . فلذلك وجب اسقاط الملك • وقوله : انه انتفيا عن المشترى بالاجماع ينبغى أن يؤول : فانه قد تقدم عن ابن أبى ليلى وغيره ايجاب المهر ، وبأن منافع البضع فى حكم الاجزاء . والمشترى أتلفها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البحث فى مسألة الزوائد •

وانما استدلوا به على أن الوطء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة الى سيدها ، فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالكفارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المــالية بمنفعة البضع ، الحكم فى حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد ، ومما يدل على أنها فى حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة . ويمنع من الرد فى خيار الشرط بخلاف المنافع . وذلك أن منافع البضع فى الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النســل فى العالم ، فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا •

(**والجواب**) أن وطء البكر والزنا منقصــان للقيمة . بل زوال البكارة وحدها بغير وطء منقص ، والابتذال ان سلمه كالاستخدام ، وكون المشترى أبا البائع أو ابنه لا يعتبر فى معيــوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر الا ما له أثر فى المــالية • وقولهم : انه جناية ممنوع . لأن الجناية تنقص القيمة • وهذا بخلافه • ولو كان جناية لمنع من الأجنبى اذا وطيء مكرهة ومن الزوج •

وقولهم : لا يباح بالاباحة • ينتقض بما دون الوطء • هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقــل بعضهم أن ما دون الوطء من الاستمتاعات مانع الرد أيضا . فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجناية قد تخلو من المــال ، والعقوبة

اذا قال الرجل : أقطع يدى فقطعها • وعن قولهم : الرد فسخ للعقد من أصله تقدم ثم أثر ذلك انما يظهر ذلك فى الأعيان أما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد اذا رضى البائع ، وهو جائز وايجاب المهر فى البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به فى المرابحة . ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شىء ، ولا يضمنه الغاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء فى خيار الشرط فيه وجهان ، فان سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فههنا وطىء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع فى حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجر أن يجعل جناية • وهذا ضعيف ، فهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة ، والشافعى لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار اذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فان فرض وطء ينقص القيمة ، فليس فرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا فى أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو فى الأعيان . أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغى وجوب المهر ، وقد حكى القاضى حسين فيما اذا وطىء المشترى الجارية المبيعة الثيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرم المشترى للبائع المهر ؟ على وجهين (ان قلنا) ينفسخ من الأصل غرم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتى فى الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكروه ، وبتقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشترى . وبقـــاء علقة ملك البائع ؛ فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق ممن يقول بمنع الرد .

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغا ما بلغ ، وهو يتخـــرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم . وأما من قال : يردها ويرد شيئا يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها . وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشىء فبعيد ، فان العيب القديم يجب الرجوع بأرشه اذا امتنع الرد . اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش ، والله أعلم .

(فـــرع) هذا كله فى وطء المشترى ، فلو وطئها البائع أو الأجنبى بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشترى لا يمنع الرد ، وان كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وان كان قبل القبض ، فان كانت زانية فعيب يوجب الرد . وان كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبى للمشترى ؛ وأما البائع ففى وجوب المهـــر عليه وجهان ، بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض (ان قلنا) كآفة سماوية لم يجب والا وجب ، وهما كالوجهين فى الانتفـــاع بالمبيع قبل القبض ، فان ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقـــد يرتفع من أصله لم يغرم المهر (وان قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين فى جناية البائع ، قال ذلك القاضى حسين ؛ وان ماتت بعد وطء الأجنبى قبل القبض (فان قلنا) ينفسخ العقد من أصـــله فالمهر للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشترى . قاله القاضى حسين . وفى وجوب الحـــد على البائع اذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان فى التتمة ، هذا فى الثيب أما فى البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى ان شاء الله تعالى .

(فـــرع) ما ذكرناه من أن الوطء اذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد . استثنى القاضى حسين منه ما اذا لم تنقص قيمتها بالزنا ، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فانه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك فى جوابه عن اعتراض الحنفية • وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده فى الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة • قال : لأنها عيب من طريق الحكم ، يعنى بخلاف البرص ونحـــوه اذا زاد ، فانه عيب من حيث المشاهدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجـــد العيب وقد نقص المبيع ــ نظـــرت فان كان النقص بمعنى لا يقف اســـتعلام العيب على جنســـه كوطء البكر وقطـــع الثوب وتزويج الأمة ــ لم يجـــز له الرد بالعيب لأنه أخـــذه من البائع وبه عيب ، فلا يجـــوز رده وبه عيبـــان من غير رضـــاه ، وينتقـــل حقه الى الأرش لأنه فات جـــزء من المبيـــع وتعـــذر الفســـخ بالرد فوجب أن يرجع الى بدل الجـــزء الفائت وهو الأرش) •

(الشرح) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر ، فلذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل فى المبيع ، وامتناع الرد فى افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرش ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب حادثة فى يد المشترى ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف فى وطء البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعى : يردها ونصف عشر ثمنها ، وتقدم فى وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة فى الوطء والظاهر أنها مطردة فى البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقـــوا فى البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجانا ، لأن المتقـــدمين أجمعوا على قولين (اما) امتناع الرد (واما) الرد مع الأرش ، وجعـــلوا ذلك مثالا لامتناع احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه •

وقد تكلم الشافعى فى المختصر على افتضاض البكر فقال : وان كانت بكرا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتهـــا صحيحة ومعيبة من الثمن • ثم تكلم بعد عن مســـائل ، تكلم عن حدوث العيب عند المشترى فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يتقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يشـــاء المشترى حبسها ؛ ولا يرجع بشىء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها . وجزموا فى وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا فى مسألة حدوث العيب : انه يمنع الرد به •

وقال ابن سيرين والنخعى والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبى : أبطل الآخــر الأول • وهذا يحتمل أن يكون موافقا لـــا قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشىء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة •

وقال المـــاوردى : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه فى القديم وهـــذا يرجع الى الوجه المشهور الذى فى طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشترى الرد مع الأرش ، والبائع أعطاه الأرش وبقاء العقد ؛ وبالعكس من ايجاب كل منهما ؛ وسنذكره ان شاء الله تعالى •

ولذلك قال المرعشى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

(أحدهما) يرده وأرش القطع •

(والثانى) يأخذ الأرش . فلا تنافى بين الكلامين ؛ ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش . أو ليس له أخذ الأرش الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشـــافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبنى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرش أو لا ؟ (ان قلنا) بالأول وجب (وان قلنا) بالثانى أو الثالث لم يجب • وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى . واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده . فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى •

اذا عرفت ذلك فهل ذلك جار فى وطء البكر أو لا ؛ الأقرب الأول • واطلاق كلامهم يقتضيه . وانما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لأنهم ذكروه عقب وطء الثيب . والبحث فيها مع الحنفية . فانا نوافقهم على أن وطء البكر مانع . ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصـــاء ، أو قطع طرف من أطرافه ؛ أو قطع اصبع زائدة ؛ سقط حقه من الرد ؛ وينتقل الى الأرش جزما الا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التى تنقص القيمة فقط يجرى فيها خلاف أبى ثور ، والوجوه التى ستأتى ؛ فعلى الوجه الذى يقول باجابة المشترى لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه فى الرد باق مع اعطـــاء الأرش ، اما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرش كما تقدم ، وسيأتى اذا اتبعنا رأى المشترى •

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب نقل الاجماع على أنه اذا قطع طرف من أطرافه فى يد المشترى ثم وجد به عيبا قديما أنه لا يجوز له رده ، ووضع الشافعي والمصنف من الخلاف كابن المنذر وغيره مسألة الوطء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم عن الشعبى عامة قال فى الجارية توطأ : يردها ويرد معهـــا حكومة ، وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول . وهذا يقتضى التغاير بين المســـألتين والأول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعى فى المسألة الثانية ، ولكلام المصنف فانه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة وليس فى الثانى والثالث فوات جـــزء ولا ينحـــل أن هذه الثلاثة مشتركة فى أنها صادرة من المشترى فتكون محل الجزم ، ويخص الخلاف بما لم يكن من جهة المشترى لنقل أبى الطيب الاجماع فى قطع الطرف فى يد المشترى ؛ فالأقرب أن العيوب كلها سواء فى منع الرد الذى لم يضم معه الأرش أما اذا ضم معه الأرش فعلى ما سيأتى •

وعلى رأى المصنف ـــ وهو الصحيح على ما سيأتى ـــ يمتنع مطلقا الا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقـــد على الصحيح فلذلك صح اطلاق المصنف هنا . ومحل الاتفاق أيضا ما لم يكن العيب الحادث له سبب متقدم ؛ فان كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدما ، ومن ذلك ما اذا

اشترى بكرا مزوجة جاهلا فافتضها الزوج وقد تقــدم • وممن صرح به هنا القاضى حسين ، وتقــدم فيه بحث . وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق فى وطء البكر وخالف فى قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخــر ، وقوله : وطء البكر محمول على افتضاضها ، فلو كانت غوراء فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب بما يظهر •

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعــا فى آخــر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضاه مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فان قوله فى أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصــان عين ، ولكنها فى حكم الوصف كزوال البكارة فان جلد البكارة ــ وان كانت عينا ــ لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شىء وقد يكون نقصــان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسمان الأولان فجواز الرد اذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغى أن يكون كما اذا رضى البائع أن يرد عليــه بعض المبيع . والأصح جوازه ، وقد تقــدم فيه أنه لا يجــوز • اذا قلنا : لا يجــوز تفريق الصفقة وشرط النقص المــانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور فى طريقة الخراسانيين سأذكره فى التنبيه الذى فى آخــر الكلام ان شاء الله تعالى •

(وقوله) وينتقل حقه الى الأرش ، ظاهره أنه لا حق للمشترى فى الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمــالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى (وقوله) لأنه فات جزء من المبيع انما يظهر فى القسم الثانى والثالث المتقدمين •

(أما الأول) وهو ما فيه نقصــان صفة محضة فلا ، الا أن يتجوز فى اطلاق اسم الجــزء عليها . ويدلك قوله : بدل الجــزء الفائت . لكنه ههنا منزل منزلة الجــزء شرعا بدليل جبره بالأرش ، فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرش فى مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا ؛ والا لزم أن يسقط من الثمن شىء فى مقابلته ؛ وان رضى المشترى بالرد ، وأن لا يصح بيع أصـــلا حتى يحصر الأوصــاف التى يجب الأرش بفواتها ، وهى غير محصـــورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرش ما اذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة ، فانه لا أرش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : ان الأرش بدل عن الجـزء الفائت ، فيكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

(**تنبيه**) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتـولى والبغوى والرافعى : ان المشترى يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشترى : اما أن ترده ، واما أن تقنع به معيبا ، ولا شىء لك ، وان لم ترض فلابد من ضم الأرش ، صرح الرافعى والبغوى من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش الا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى •

(**قلت**) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فان امتنع البائع انتقل الى الأرش ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيته من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فان ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرش الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش الا الطلب الجازم • وأما اذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمتها من وطء شبهة ففى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البغوى بقولين والغزالى بوجهين •

(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش •

(والثانى) لا ، كغيره من العيوب وعلله الغزالى بقدرته على طلب الأرش •

(فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر فى التأخير قطعا • ويكون الاعلام لطلب الرد والأرش على الفور وهو ما قاله الرافعى • قلت : يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان فى أن له الرد بعد ذلك • وأن ذلك عذر فى تأخير الرد أم لا ؟ فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن • وان لم نجعله عذرا تعين حقه فى الأرش والاحتمال الأول أقرب الى كلام الغزالى وعليه جرى الرافعى • فان الغزالى صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه • وظاهر ذلك حقه من الرد والأرش جميعا • فيقتضى أن طلب الأرش على الفور • فهم ابن الرفعة من كلام الغزالى أن الوجهين فى تأخير طلب المشترى الرد مع بدل الأرش •

ثم قال : انه لا يبعد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه فى طلب الأرش عن العيب القديم فأخر طلبه الى زوال الحادث • وبه صرح فى الشامل فى نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت • والحمل ينقصها يرجع الأرش • وقيل للمشترى : أمسكها حتى تضع ويردها • وقد تقدم ذلك والذى أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان فى جواز التأخير الى الرد من غير أرش أو طلب الأرش الآن • لكن هل تتعين الفورية فى طلبه أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالى والرافعى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها • ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرش وبين طلب الأرش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان •

نعم يلتف ذلك على البحث الذى تقدمت الاشارة اليه هل حق المشترى أو لا فى الرد ؟ أو فى طلب الأرش (فان قلنا) بالأول يظهر الخلاف فى كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا (وان قلنا) بالثانى يظهر سقوط حقه من الرد • ولا يعين الأرش الا برضا البائع ، ولا تشترط الفورية • هذا ما يتضح عندى فى ذلك ، والله عز وجل أعلم •

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخـر طلب الأرش • ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعا ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة •

(فــرع) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ، سواء أكان بوطء المشترى أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بآلة الافتضاض أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد(1) الا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهــان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع فى صورة العلم دون الجهل ، وهو الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض ــ فان كان من الزوج ــ فان جهل المشترى الزوجية فلا اشــكال فى أن ذلك موجب للرد ، فضلا عن كونه غير مانع ، وان علم المشترى الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب ، فى موضعين ، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعـا من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطىء عالمـا أو جاهلا ، والتفصيل فيه أنه ان كان من أجنبى فان كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها ، وان افتضها بآلته فعليه المهر ، وهل يدخل فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثانى) يفرد ، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى

---

(1) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

(المطيعى)

جزم به الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب الشرط الذى يفسد البيع والرافعى هناك أيضا •

ثم المشترى ان أجـــاز العقـــد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعى ، وهو كذلك ان تم العقـــد • وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبى يدها ثم ماتت فى يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفى مهر مثل الثيب وجهـــان (ان قلنا) ينفســـخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينـــه فللمشترى • وهذا الذى قاله القاضى حسين متعين ، وان فسخ المشترى العقد قال الرافعى : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقى للمشترى •

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لمـــا قاله القاضى حسين • وأما قوله الثانى للمشترى فينبغى أن يكون ذلك على قولنا انه ينفسخ من حينه • أما اذا قلنا ينفســـخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقـــدم فى كلام القاضى عند التلف • وأما اذا افتضـــها البائع ، فان اختار المشترى فلا شىء على البائع ان قلنا جنايته كالآفة السماوية • وان قلنا كالأجنبى فحكمه حكمه • هكذا قال الرافعى تبعا لصاحب التهذيب •

واختلف جواب القاضى حسين فيها ، فمرة قال كذلك وهو آخـــر قوليه ومرة قال فيما اذا كان بغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنايته كجناية الأجنبى انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة آصع حنطة بعشرة دراهم . ثم أتلف البائع صاعا منها قبل القبض ، ينسقط عن المشترى عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضى ودعواه فى هذه الصـــورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفريع أنه اذا أجاز المشترى يجب عليه مثله •

قال القاضى حسين : فيما اذا وطئها البائع وافتضها ، وجعلنا جنايته كجناية الأجنبى ، وأجاز المشترى وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها ثيبا ان جعلناه كالأجنبى (وان قلنا) أرش البكارة لا يفـرد فيجب مهر مثلها بكرا مثلا مائة ، وثيبا ثمانين ، فخمس مهرها بكرا أرش البكارة . ان جعلناها كجناية الأجنبى ، سقط من الثمن بحصته وفى أربعة أخماس الثمن وجهان ، فان ماتت فى يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن ، وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع ، وهل يغرم مهر مثلها ثيبا ؟ (ان قلنا :) الفسخ رفع من أصله لم يغرم (وان قلنا :) من حينه ، وجناية البائع كالأجنبى غرم ٠

هذا التفريع للقاضى حسين ، فانه لم يفرع الا على قوله الأول ، وفيه مخالفة كما قاله الرافعى فى الحاقه بالأجنبى مطلقا ، وان فسخ المشترى فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبا ؟ ان افتض بآلته يبنى على أن جنايته كالآفة السماوية يجب أم لا ؟ وهكذا قال الرافعى ومقتضاه أنا ان قلنا : كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح ٠

(وان قلنا) كالأجنبى وجب وينبغى اذا قلنا ان جنايته كالأجنبى فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه (ان قلنا :) من أصله لم يجب أيضـا والا وجب ٠ وفى هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبى قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ، بل هذا عيب آخـر مثبت للرد ، وأما اذا افتضها المشترى قبل القبض فيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها ٠ وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ، وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن ٠

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه ، هكذا قاله الرافعى ، وجعل القاضى حسين ذلك تفريعا على قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فيتقرر على المشترى من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة ٠ وفى الباقى من المهر الوجهان ٠ وبين التقديرين اختلاف ، فانا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • واذا لم يفرد وكان مهرها بكرا مائة أو ثيبا ثمانين فأرش البكارة الخمس ، فيتقدر خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة فى المثالين ، فاذن ما ذكره الرافعي انما يجيء على القول الضعيف • فان الصحيح أن أرش البكارة يدخل فى المهر • وهذا كله اذا لم نجعل وطء المشترى كوطء الأجنبى • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضى حسين والرافعى هنا • وأما على طريقة الشيخ أبى حامد والرافعى فى باب فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكارة متعين ولا يخفى الحكم • وفى وجه افتضاض المشترى قبل القبض وافتضاض الأجنبى •

وفرق القاضى حسين بأن ضمان الجناية بالشرع ، فروعى فيه واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، فروعى فيه موجب العقد ، والعقد اقتضى التقسيط على الأجزاء ، فلذا قال الفارقى تلميذ المصنف : تكلمت يوما فى هذه المسألة فى حلقة الدامغانى قاضى القضاة وهى من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين • وحق الرد ثبت للمشترى اذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم ، فلما فات أثبتنا له الرد جبرا لحقه ، فانه لو أخذ منه الثمن الذى بذله فى مقابلة السليم وجعل على المعيب فكان اخلالا بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك اذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد ، لأنا لو جوزنا له ذلك أفضى الى الاضرار بالمنافع ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما فلا يجوز رده اليه معيبا تسوية بين جانبه وجانب المشترى •

فقال لى(١) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجحت جانب البائع على جانب المشترى ، حتى ألزمت المشترى المعيب ؟ فقلت : هذا فى قضية النظر لا يلزمنى ، لأن مقصودى بيان امتناع الرد على المشترى ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ، فلا حاجة الى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه (فأقول :) انما رجحت جانب البائع على المشترى ، لأن البائع اذا ألزمناه أخذ المبيع

(١) لا يزال المتكلم هنا هو الفارقى تلميذ المصنف . (المطيعى)

بعيبين عظم الضرر فى حقه ، لأنه خـــرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه • فانه جـــزء من ملكه الذى كان ثابتا له ، والمشترى لم يكن فى ملكه شيء ففات عليه ، وانمـــا قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر فى حق من فاته شيء كان له حاصلا ، كالضرر فى حق من لم يحصل له ما قصده •

(قلت :) قوله : انها من مفردات آحمد قد تقـــدم أن ذلك قول آبى ثور • رواه عن الشافعى ويوافقه أحدالأوجه فى المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده •

(فـــرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقه أمران :

(أحدهما) أنا سنحكى حكاية عن صاحب البيان ـــ وجها ضعيفا ـــ أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا •

(الثانى) لو قال الزوج لها : ان ردك المشترى بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الرويانى فى البحـــر : قال والدى رحمه الله (الأظهر) عندى أن له الرد : لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصـــل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الرويانى : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهنى من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمـــال ، وأنه لو زوجها المشترى للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه ، وان كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة •

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (ان قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثانى فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة ، قال الرويانى : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أى لمصـــادفته زمان البينونة ، فيؤدى ايجاب القبول الى الحاق الضرر به (والثانى) يصح كما ذكره والد الرويانى ، ولأن الزوجية فى مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ؛ ولما قدمته . وحينئذ يبقى كلام المصنف على اطلاقه •

(فرع) اذا وجد المشترى العيب فقبل رده مع كونه فى الرد جاء البائع وقطع يده ، ففيه وجهان :

(أحدهما) له الرد ، قال الروياني : وهو الأظهر عندى ، لا لأنه عيب حدث فى يد المشترى (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشترى ، ومحل ذلك ان نظر فى جميع العيوب الحاصلة فى المشترى من جهة البائع فيطرد ذلك فى زوال البكارة من البائع وغيرها ، والكلام المتقدم فى زوال البكارة يخالفه •

(فرع) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادى •

(فرع) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوى أنه ليس له الرد الا برضا البائع ، وقال القاضى حسين فى فتاويه : ان لم تنقص قيمته له أن يرد ؛ وان نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته ؛ وان كان الحمار قد تلف استرد من قيمته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وانما امتنع [من الرد] للعيب الحادث فى يده ، فاذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ، فلم يكن له غير الرد ، وان قال المشترى : أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث عندى لم يلزم البائع قبوله كما اذا حدث العيب به عند البائع فقال : خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشترى قبوله) •

(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا تنت أن للبائع والمشترى عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا •

(أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمشترى بعد ذلك ألا ان يمسكه مجانا او يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده اذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش • وهذه الحالة هى المسألة الأولى من كلام المصنف هنا •

(وقوله) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الرافعى ويقتضى أن حقه الأصلى هو الرد لا الأرش •

(الثانية) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما اذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند امكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد ، وهى لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع •

(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعى ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجـــزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما فى رد الصورة ، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لمـــا فات ذلك الجـــزء عند المشترى ، وهو مقابل ببعض الثمن فاذا رد الباقى برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقى ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد •

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لمـــا انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلى ما يشهد للاحتمال الثانى ، والله أعلم .

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامساك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الاقالة .

(قلت :) وذلك لا يدفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشترى الأرش ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشترى بل لابد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد التمر معها ، وفى معرفة قدر الأرش الذى يرده المشترى عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى .

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرش المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى . لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا اذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشترى يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشترى أرش المعيب ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرش الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أشرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردودا .

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة واذا رد مع الأرش جرى فى عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئا لم يرد عليه العقـد ، وهذا يدل ــ لمـا سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب ــ أن الأرش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام فى كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر •

(الحالة الرابعة) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخـر الى الامسـاك وغرامة أرش العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشترى ، وهى المسألة الثانية فى الكتاب وقـد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشترى يطلب الامساك وأخذ الأرش ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيمـا تقدم أن المجاب المشترى لأنه جعل الواجب له الأرش الا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا ، وهو هنا لم يرض بالرد الا مع الأرش ، وما اقتضاه كلام المصنف فى الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصـحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامساك لمـا فيه من تقرير العقـد ، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند الى أصل العقـد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله الا فى مقابلة السليم وضم أرش العيب الحادث ادخال شىء جديد لم يكن فى العقد ، فكان الأولى أولى •

(**قلت**) وهذا فيه تقوية لمـا أبديته من الاشكال فى أخـذ الأرش من المشترى وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخـران فى طريقة الخراسانيين حكاهما غيره ــ (أحدهما) أن المتبع رأى المشترى ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لايلزمه تمـام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك فوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع ، فكان رعاية جانب المشترى أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه فى القديم •

(قلت)وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبى ثور . وأنه رواه فى القديم . لكن محله هناك فى اجابة المشترى الى الرد . وأما اجابته الى الامساك فلم أرهم ذكروها هناك (فان قلت :) اذا أجيب فى الرد فاجابته فى الامســاك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشترى الا فى الرد مع الأرش . ولا يســوغ أخذ الأرش كما هو ظاهر قوله : أنه يرد السلعه . فأرش العيب (والوجه الثانى) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأى البائع . لأنه اما غارم أو اخــذ ما لم يرد العقــد عليه وهذه الاوجه الثلاثة ، تحصل(١) فى كل من الصورتين وجهان . وهما فى الثانية مستويان عند الصيدلانى .

وذكر الشيخ أبو محمد فى السلسلة الصورة الأولى التى فى الكتاب . وهى اذا طلب المشترى الرد وغرامة أرش الحادث . وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيمــا اذا اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثانى عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهمــا ان جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا . بل يغرم البائع أرش القديم . وهــذا البناء يقتضى ضعف القول باجابة المشترى . لان الأصح هناك عدم اجابته فى ضم قيمة التالف . وأيضــا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد . وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف . وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين فى الصورة الثانية على القولين فيما اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا . وقلنا له رده هل للبــائع الأرش ؟ قولان (ان قلنا :) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا .

(قلت :) والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرش كذلك هنا (الأصح) أنه لا يجاب البائع فى هذه الصــورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينــا ان شاء الله تعالى .

(فــروع) (الأول) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص فى البويطى . وفيه وجه ضعيف جدا . وقال ابن الرفعة : ان الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعنى عن قرب . وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد

---

(١) بفتح الصاد مع التشديد . وفتح اللام .

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو فى التتمة ، وان زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب .

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردها ؟ . ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشترى أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ . فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين اذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب . فأعطيناه الأرش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك .

(**قلت**) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ . وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراضيا وقضيا ، فالأصح أن له الفسخ . قال الرافعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد اذا حدث عند المشترى ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى الا فى الأقل ، ولعله اجترز بذلك عما اذا قطع اصبعه الزائدة ، فان القاضى أبا الطيب قال : عندى أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلى ، لكنى رأيت فى التهذيب أنه لو باع أقلف فختنه البائع قبل التسليم وبرئ أو كان به سن شاغية[1] أو اصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم وبرئ فلا خيار للمشترى .

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن فى كونه مانعا من الرد نظر اذا لم يكن

---

(1) سن شاغية أى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولا وعرضا لما جاورها ودخولا وخروجا .

(المطيعى)

عيبا ، فان قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته غرض ، فينبغي أن يكون كذلك اذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به •

أما اذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزما ، فان صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضى أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعى ، والا فيصح أن يقول : كما لا رد به على البائع اذا حدث فى يده قبل القبض يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شىء ، وسيأتى • وصاحب التتمة خالف القاضى أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيبا قديما فلا رد وان زادت القيمة ، ولو نسى القرآن أو صنعة ثم علم به عيبا قديما فلا رد لنقصان القيمة • ولو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته فى يد المشترى ثم علم عيبا فله الرد ، وان حرمت على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها فى وطء الثيب اذا كان البائع أبا المشترى أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد فى الحال •

وفى وجوب الأرش وجهان ، ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم ، وان عللنا بتوقع العود فلا • وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد واذا اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم نجوز مع المستأجر فهو كالمرهون ، وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فان رضى البائع بأخذه مستأجرا رد عليه والا تعذر الرد ، ففى الأرش الوجهان • هكذا قال الرافعى وقاله القاضى حسين فى الدرس الثانى بعد أن كان قال : انه اذا رهنه أو أجره فهل يفسخ فى الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضى مدة الاجارة ؟ فيه وجهان ان منعنا لم نجوز له الأرش لأن للرهن والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ فى الحال فالأجرة للمشترى •

ولو تعذر الرد بغصب أو اباق قال الرافعى : انه يجرى فيه الوجهان اللذان ذكرهما فى الاجارة ، وسيأتى التعذر بالاباق فى كلام المصنف • وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين فى أخذ الأرش عند الاباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثانى) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه فى يد المشترى تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشترى المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشترى الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما اذا أخذ المشترى الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقته أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد • قال فى التهذيب (أصحهما) لا فسخ •

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ،لأن التدبير يقبل الفسخ• وكذا التعليق قابل للرفع بازالة الملك • قاله القاضى حسين ، وهو ظاهر • وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله • وقال الرافعى رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا • وأن الرويانى والمتولى اختاراه • وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف • قال ابن الرفعة : ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضى حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ • وقال الماوردى : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولاستدراك الظلامة بالنجوم(١) •

وقال الرافعى : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعنى لأنها فى الحقيقة ماله ، وقال فى التتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فانه يجب الأرش (وقال) الرافعى رحمه الله تعالى : ان فى التتمة أن الكتابة كالتزويج • ومراده فى وجوب الأرش (وأما) فى جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالتزويج مطلقا ، فقد اجتمع فى الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ فى الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهى طريقة الرافعى •

---

(١) النجوم فى المكاتبة ان يؤدى العبد ثمنه لسيده اقساطا منجمة .

(المطيعى)

(الثانى) أنه لا يرجع بالأرش فى الحال قطعـــا وهى طريقة المـــاوردى •

(الثالث) القطع بوجوب الأرش وهى طريقة صاحب التتمة •

(الرابع) أنه ينفسخ • وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين فى قوله : الأظهر أنه لا فسخ ، وهذه العلة بنـــاء على جواز بيع المكاتب ، وأنه تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه على ذلك • وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين فى زوال العيب بعد أخذ الأرش •

(فـــرع) لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما ان لم يعبها نزع النعل ، بأن تكون كانت موجودة فى يد البائع وسمر المشترى النعل فبها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد ، فان لم ينزع فى هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل ، والفرق بين النزع هنا والنعل فى يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمـــل عليها وهذا تفريع • وقد تقدم ما ذكره القاضى فى أن اشغال المشترى بجز الصوف مانع من الرد • وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ، ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخـــرم نقب المسامير ويعيب الحافر فنزع ، بطل حقه من الرد والأرش ، وفيه احتمال للامام •

ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب ــ فان حصل به نقص ــ كان كسائر العيوب الحادثة فى الأرش ، ولو ردها مع النعل أجبر البائع على القبول ، وليس للمشترى طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشترى ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشترى ؟ (وجهان) أشبهما الثانى • هذا اذا جـــرى الترك وحده ، فان حصل لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقـــدم ذلك فى الأحجار فى باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا انه لا يملك المطالبة به ما دام متصـــلا : ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البدل ابتـداء ، وبه صرح الامام •
ولو قال المشترى لا أسمح بالنعل ، وطلب الأرش عن العيب القديم
لأنه لا يلزمنى المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب • قال الغزالى :
لم يكن ذلك فانه كالحصر فى مؤنة الرد •

(فـرع) اذا صبغ المشـترى الثوب ثم اطلع على عيب قديم ،
فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال فى أن ذلك عيب حادث ،
وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال
صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالى والرافعى : انه ان رضى المشترى
بالرد من غير أن يطالب بشىء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه •
وقد أطلق ابن الصباغ والبندنيجى أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا
ويرجع بالأرش ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص
توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندى أن لا يحمـل على
ذلك لمـا يدل عليه آخـر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم
يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التى ذكرها صاحب
التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده •

قال الامام : ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا تزايله ،
وليس كالنعل (قلت) لكن فى ادخاله فى ملكه شبه من مسألة اختلاط
الثمار ، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق
النعل ودون الثمار • ولو طلب المشترى أرش العيب القديم وقال البائع :
رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (أحدهما) وبه
قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد والمجموع وابن الصباغ
والمتولى أن المجاب البائع ولا أرش للمشترى • (والثانى) وبه قال
أبو حنيفة : ان للمشترى أن يطالب بالأرش وهذا مما يعين أن كلام
ابن الصباغ فى الصبغ الذى حصـلت به زيادة • وانما أهمل القسم
الذى ذكره صاحب التقريب والامام • أو يكون لا يختـار الاجبار على
ذلك • ويفرق بينه وبين النعـل فيبقى كلامه على اطلاقه • والفرق بين
هذه المسألة حيث أجبنا البائع وبين ما اذا طلب أرش العيب الحادث
حيث نجيب المشترى على الصحيح ظاهر • فان المشترى هنا يأخذ قيمة

الصبغ والثمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه •

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فانه يجاب قطعا ، ولو أراد المشترى الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففى وجوب الاجابة على البائع وجهان (أصحهما) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش ان لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة •

وقال الرافعي والنووى فى الروضة كما قال (أصحهما) لا يجب قال : لكن يأخذ المشترى الأرش ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتى التنبيهات التى أذكرها الآن ان شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهل ذلك متحتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات فى هذا الفرع :

(أحدها) أن الامام لما حكى الخلاف فى الطرفين — أعنى طلب المشترى الامساك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ — شبهه بالخلاف فى الاجبار على ضم الأرش ورد المبيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث فى طرفى المطالبة قال الرافعى : ومعناه أنه اذا قال البائع رده مع الأرش وقال المشترى : أمسك وأخذ الأرش ، ففيمن يجاب ؟ وجهان ، وكذا اذا قال المشترى : أرد مع الأرش ، وقال البائع بل أغرم الأرش ، وهذا ظاهر للمتأمل فى الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا أفرد أحد الجانبين بالنظر •

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ فى ملك البائع مع أنه دخيل فى العقد كادخال الأرش الدخيل فى العقد ، هذا كلام الرافعى رحمه الله ، ومراده ومراد الامام أن البائع والمشترى اذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الأرش ، فمن المجاب ؟ وجهان (أصحهما) على ما تقدم أن المجاب البائع فى الحالتين (والثانى) أن المجاب المشترى فى الحالتين •

وقال الغزالى فى البسيط قريبا مما قاله الامام • وقال فى الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الرافعى رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضى عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : المجـاب منها فى وجه من يدعـو الى فصل الأمر بالأرش القديم ، وقد صرح به فى الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الأئمة أنه لا يجاب المشترى اذا طلب الأرش كما مر •

قلت : وكلامه فى الوجيز ظهوره فيما قال الرافعى رحمه الله ، يمكن حمله على ما فى النهاية والبسيط (وأما) كلامه فى الوسيط فانه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع فى رد الثمن ؟ فيه وجهان •

(وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه فى أن تملك شىء حادث أولى أو تغريم أرش العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الرافعى ولكن فبه زيادة اشكال فى بادىء الرأى غير ما ذكره الرافعى ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويستبق الرهن الى أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشترى أو اجابة من طلب الأرش ، فكيف تأتى ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ •

وحل هذا الاشكال بأن يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشترى والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه فى التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة قوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل فى التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فيبذله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ فى الثوب للمشترى ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك ، وان تنازعا فى هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشترى ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشترى ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على بذل الأرش •

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعى الى الأرش القديم أخذا أو بدلا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه • وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فات من ملكه الذى خرج منه ، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الانسـان على أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على تملك شىء مبتدأ ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف فى الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالى بعد ذلك : ولم يذهب أحد الى أن المشترى يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعنى بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش •

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالى بأن المشترى يتضرر بذلك ، بخلاف الغاصب ، والمشترى انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليـه كالغاصب لا بالتخيير ، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضـعفه فى التنبيه الثانى ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى عن الغزالى ، ولم يبق الا ما ذكره الرافعى ، وحينئذ أقول ما ذكره الغزالى فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجـرى فيه الأوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ، هل يجاب فيه البائع أو المشترى ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فـرع زائد ، وكلام النهاية والبسيط والوجيز ساكت عنه •

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحا بمقتضى ما ذكره فى الوجيز ، كما أشار اليه الرافعى رحمه الله . بل كلامه فى الوجيز فى ادخـال الصبغ فى ملك البائع قهرا ، وكذلك كلام النهاية والبسيط •

وأما كلامه فى الوسيط ففى ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فأين أحدهما من الآخر ؟ فلا يكون ما ذكره فى الوسيط وجها ثالثا فى تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه فى مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو الى الأرش القديم كما هو الأصح هناك ، ولا ينافى ايراد الائمه هنا أن المشترى لا يجاب اذا طلب الارش كما قال الرافعى رحمه الله أنه مر ، لأن الذى مر أنه لا يجاب المشترى اذا طلب الأرش وطلب البائع بذل قيمه الصبغ أما اذا طلب المشترى الأرش حاله امتناع البائع من بذل قيمه الصبغ فكما مر •

(التنبيه الثانى) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا فى الثوب كما فى المغصوب • والاحتمال متطرق اليه ، وأجاب الغزالى عن هذا الاحتمال بأن المشترى يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فانه يبقيه شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم المفلس يرجع فى الثوب التى زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود فى الفلس دفع ضرر البائع ، فاذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود فى الرد بالعيب دفع ضرر المشترى برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب •

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجع فى الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب : أن الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفى الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة •

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالى من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشترى ، وأن المقصود انه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة ، وعليه يدل تنظير الامام له بالغصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصر

أحــد من الأصحاب الى أن المشترى يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ؛ أى على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالى ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان •

لكن فى آخــر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، فانه قال : وهــذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشترى فى عين الصبغ • فانا قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا • انتهى •

فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الايجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالى ، لأن مقتضى كلامه الآخــر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة • فيتوقف التأويل المذكور • وحينئذ لا يبقى فرق الغزالى بضرر المشترى متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنــع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه • والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالى فى الوسيط فانه أخبر لكلام امامه •

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجــواز فى آخــره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالى واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشترى فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشترى [الرد] ، وفيه شىء مما ذكره عن صاحب التهذيب •

(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمســكه وأخذ الأرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ؛ ذكره هناك فقوله : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشترى

أن يرده فصحيح • لأنهما اذا اتفقا على ذلك لا اشكال فى الجواز ، وان أراد أنه يجب على المشترى الرد أو يسقط حقه ، فهو الذى نقـل الامام والغزالى انه لم يقل به أحد من الأصحاب •

وأما قوله : وان أبى أمســكه فان أراد أن البائع اذا امتنع من الشركة تعين حق المشترى فى الأرش وأنه لا يجوز للمشترى الزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لمـا قاله الرافعى ومخالف لمـا حكاه الغزالى فى الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة • لكنه موافق للأصح منها ، وهو اجابة من يدعو الى الأرش القديم ، فينبغى أن يكون معنى كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز للمشترى الرد وان امتنع البائع تعين على المشترى الامساك ، وأخذ الأرش ، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشترى من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع • ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم • فتلخص من ذلك ما أذكره ان شاء الله تعالى •

(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقــدم أن المشترى ان طلب الرد ، ولا يطالب بشىء أجيب قطعــا وأجبر البائع عليه فان اتفقــا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعا • وان اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم جاز قطعا ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشترى جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالى على تأويله ، وذلك مع الأرش عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشترى قيمة الصبغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح • وان طلب المشترى الأرش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرش القديم على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط •

وان طلب المشترى الرد مع الشركة وأن يرد أرش نقص الثوب بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح • وان طلب المشترى الأرش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ، وقد تقدم الفرق بين هذه المســألة وبين بقية المســائل التى نجيب

فيها من طلب تقرير العقــد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة فى الصبغ لم يجبر المشترى عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقــدم عن صاحب التهذيب •

(فــرع) لو صبغ المشترى الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ ، والمحاملى فى التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشترى قد يرده عليه ويرضى البائع باخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم بالعيب •

(فــرع) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبنى على أن القصارة غين أو أثر (ان قلنا) بالأول فهى كالصبغ (وان قلنا) بالثانى رد التوب بلا شىء ، فهى كالزيادة المتصلة •

قال الرافعى رحمه الله : وقطع الزبيرى فى المقتضب بأن له الرد اذا زادت قيمته بالقصارة ، وليس فيه مخالفة لمــا قاله الرافعى • ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيرى أيضا : وهو ظاهر • لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الأرش ، فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشترى لامكان الرد ولا أجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا قال المــاوردى •

آخــر(1) ان كان ثوبا فخاطه استحق الأرش ، فان رضى البائع بقبوله ان بذل الأجرة فله أن يرجع به مخيطا لأن فى الخياطة عيبا زائدا • قاله المــاوردى •

آخــر : لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمــرا فله الأرش • وليس له رد الخمــر واسترجاع ثمنه • سواء أرضى البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمــر ، فلو صار الخمــر

---

(1) يريد : « قول آخر أو وجه آخر أو نوع آخر » . (المطيعى) .

خلا فقال البائع : أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له ذلك ، لأن الخل عين العصير ، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشترى فيه عمل يفوت عليه • وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج • قاله المـــاوردى والرافعى • ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع أو وهبه •

أما اذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش فى ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالأرش فى حالة كونه خمـــرا ينبغى أن يمتنع الان لاحتمال أن يعود خلا كما اذا وهبه •

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش ، ظاهـــر ذلك يقتضى أنه ليس للمشترى حينئذ أن يطالبه بالأرش للعلة المذكورة ، ولكن العلة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشترى أيضـــا اذا طلب الرد له ذلك • وان امتنع البائع وطلب الأرش ، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ، ولم أجـــد فى النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه •

آخـــر : لو اشترى ذمى من ذمى خمـــرا ثم أســـلما فوجد المشترى بالخمـــر عيبا ينقص العشر من ثمنه • قال أبو العباس ابن سريج : للمشترى الأرش وهو عشر الثمن ولا رد • ولا يبطـــل ذلك اسلامهما • وهو قول محمد بن الحسن ، فان قال البائع : أنا آخـــذ الخل وأرد الثمن ، فله ذلك • ولو كان المشترى علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى أســـلما لم يكن للمشترى بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش • أما الرد فلحدوث الاسلام ، وأما الأرش فلامكان الرد قبل الاسلام ، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمـــر لم يجز للمشترى رده عليه بالعيب • ولو كان المشترى أسلم وحده جاز ، لأن استرجاع البائع تملك للخمـــر • والمسلم لا يتملك الخمـــر • ورد المشترى ازالة الملك ، والمشترى يجوز أن يزيل ملكه عن الخمـــر • قاله المـــاوردى عن ابن سريج •

(فـــرع) اشترى جارية بعبد ، ثم وجد بالجارية عيبا قديمـــا فردها ، ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج :

يأخذ مشترى الجارية التى ردها العبد معيبا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده •

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضى حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد فى يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد •

قال الامام : والذى قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج اذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد فى يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معيبا ، ولا يكلفها ضم أرش العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال فى مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى • حكى الامام المسألة فى آخر الغصب ، ثم أعاد فى كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالى مسألة العبد والجارية فى آخر كتاب الغصب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معيبا لم يجز له طلب الأرش ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته • ثم أعاد المسألة بعينها فى الصداق ، وقال يأخذ العبد معيبا وله طلب الأرش فناقض اختياره فى الوسيط •

وقال فى البسيط هنا بعد ذكر الحكم فى مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معيبا ويطالب بالأرش • وفى الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام فى التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجها فى الصداق فى مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرش والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه فى مجموعه • قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن على بن محمد ، وهو ابن أبى الدم : قوله « فى مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية فى آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزنى ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها فى مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه . فوجد الثانى بالعبد عيبا قديما فله رده •

ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف فى يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذلك يجب ان يغرم أرش النقص (والوجه الثانى) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه فى يد أحدهما فانهما يترادان ؛ ويرجع على من نقص العوض فى يده بأرش النقص عند التفاسخ . فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثانى مذهبه فى مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع ؛ وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • وتشبث الشيخ أبو على باجراء الخلاف فى مسألة التخالف • هذا كلام الامام فى النهايه ، وقول الشيخ فى ذكر الوجهين ؛ وفى قوله اشتهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته فى النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبى الدم عن النهاية أنه أبو على فى الموضعين • وقد ذكر القاضى حسين فى الفتاوى اذا باع حمارا بفرس فمشترى الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شىء ، وان نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص • وفى هذا الكلام مخالفة لما تقدم فى صدر هذا الفرع من النقل عن القاضى •

وقال القاضى أيضا : لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشترى الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الرافعى رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى فى الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش فى أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا ؛ وينبغى أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج فى تخير المشترى لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا •

وذكر النووى فى الروضة فى آخر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلانى وآخرون : لو اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ؛ ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد الثمن معيبا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ؛ ولا شىء له بسبب النقص •

وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره فى باب تعجيل الزكاة ، وكل ما ذكره فيه مقيد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعى رحمه الله فيه ، فانه ليس مسألة زائدة عن الرافعى . وما ذكره عن القفال وغيره هو الذى صححه الرافعى ، وما ذكره من احتمال الامام هو الوجه الآخر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء أكان العيب الذى بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير جنسه ، كما لو كان العيب يساوى أضعاف ثمنه . فان له الرد بالعيب ؛ وان كان الضرر فى الرد أكثر منه فى الامساك •

(**تنبيه**) قوة كلام المصنف تقتضى أن النقص حصل عند المشترى ؛ ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به فى التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع عند المشترى ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ؛ فان ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر فيما اذا لم يعلم المشترى بالنقص المذكور ؛ وكذلك لو علم ورضى به ثم علم عيبا آخر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ، ثم وجد عيبا آخر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب ، فيقال : قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال : قيمته تسعون ، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بمـــا نقص من قيمته ، لأن الأرش بدل عن الجـــزء الفائت ، ولو فات المبيـــع كله رجـــع على البائع بجميـــع الثمـــن ، فاذا فات قـــدر العشر منـــه رجـــع بعشر الثمـــن كالجـــزء لمـــا ضمن جميعـــه بالدية ، ضمن الجـــزء منه بجـــزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجـــع بمـــا نقص من قيمتـــه أدى الى أن يجتمـــع الثمـــن والمثمن للمشـــترى ، فانه قـــد يشـــترى ما يســـاوى مائة بعشرة فاذا رجع بالعشرة رجـــع جميـــع الثمـــن اليه فيجتمـــع له الثمـــن والمثمـــن وهـــذا لا يجـــوز) •

(**الشرح**) قد تقـــدم تفسير الأرش ، وأنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعى رحمه الله ، فان الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والســـوم والجناية بأنا اذا ضممنا فى هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل ، وفى الأرش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن •

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشـــافعى ، والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيـــان المعنى الذى لأجله كان كذلك ، فيحصل به الشفاء أكثر ، ولكن فيه بحث ، فان قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضـــاه العقد ولم يسلمه البائع •

(وقوله) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قاله القاضى أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، واذا كان كذلك فقد يقال : ان هـــذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرش ، وان لم يمنع الرد ، وطلب الأرش عند امكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغى على هـــذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرش ، ولو أراد المشترى الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشترى ام لا ، وكما أنه اذا أخبر فى المرابحة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين • فانا نحكم

بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك
والله أعلم قال الامام فى باب المرابحة عند الكلام فى كذب المشترى
بالزيادة : ان الأرش المسترجع . وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه
انشاء نقص فى جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على
معيب فموجب العيب الرد ؛ لا يجوز الرجوع الى الأرش مع القدرة
على الرد فكأن الأرش بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ؛
وهذا الكلام من الامام أوله يقتضى أن الأرش جزء من الثمن ، يستدرك
بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان
أن ذلك بطريق انشاء النقص ؛ وليس كالمرابحة وآخره قد يوهم
أن الأرش ليس فى مقابلة الجزء الفائت ، ولكن فى مقابلة الرد عند
تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من
الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التى
هى حرف تشبيه • فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة
الرد لا تقابل بعوض •

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرش جزء من الثمن ، ولو كان
بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون فى كلام الامام جواب
عن الاشكال الذى أوردته الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى •

وقد ذكر الغزالى احتمالين فى أن الأرش غرم مبتدأ ، أو جزء
من الثمن ، وسيأتى • فان قيل : ان الأرش غرم مبتدأ فلا اشكال فى
هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب لملك المشترى • قال الغزالى :
ويشهد له أن مشترى الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ،
ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب
العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرش جزء من الثمن فالممكن
فى فهمه ما قاله الغزالى أن يقال : ان المبيع فى مقابلة كل الثمن ان رضى ،
والا فهو فى مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين
لاستحقاقه . قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب •

وكأن المقابلة تغيرت . ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب فى أصل
العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند الحاق الزيادة بالثمن

بعـــد اللزوم : فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال : ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضـــا يتبين أن العقـــد لم ينعقد الا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبمـــا قاله الامام فى المرابحة • وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى الدوام ــ اذا قلنا : يمسك بكل ــ فذلك قول ضعيف ، فلا يخـــرج عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا •

ومقتضى كلام الامام فى مســـألة الحلى أن ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع • وليس العقد يقتضيه من الأصل • لكن هذا الذى يقوله الأصحاب على خلافه • اذ هم يقولون بأن العقـــد فى أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك فى قاعـــدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأى الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن • وتلخيص الاشكال أن الثمن ان كان مقابلا للمبيع وصفات الســـلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط على أجـــزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ، ولو رضى به معيبا ، وهذا خلاف الاجماع • بل كان ينبغى أن لا يصح العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو خلاف الاجماع أيضا • وان كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة ، والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن • فاذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الأرش كان ذلك غرامة جديدة لا جـــزء من الثمن • وأحسن ما يقال فيه ما تقـــدم عن الغزالى • وقد يقال ان فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد فيما قبضـــه المشترى وهو المبيع المجـــرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف فى حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعـــذر الرد فيه ، وهو المبيع المجـــرد عنه استدراكا للظلامة ، وكأنه فسخ العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشـــاء نقض جديد ولعله يأتى فى مسألة الحلى زيادة على هـــذا •

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صافيا عن اشـــكال ، فانه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصرح أحد بأن الأرش غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى فى مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله تعالى •

وقال صاحب الوافى : ان المصنف فى باب اختلاف المتبايعين قال : ان الثمن لا ينقسم على الأعضاء ، وههنا قال : الأرش بدل عن الجزء الفائت • قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى ، بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشترى ناقصة له الرد استدراكا للظلامة ، فان لم يفسخ عند الامكان فلا شىء له ، لأن المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة الى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع اذ لا يندفع الضرر الا بذلك • وهذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ، وذلك لا شفاء فيه فى جعل ذلك •

(**قلت**) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ، وليس المصنف مختصا به . والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعتك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ، فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال : بعتك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف فى صحة البيع كما فى مسألة الصبرة •

وقول المصنف : كالجزء الى آخره اذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر ، فان نفيها من ديته فنقول : هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية . والمصنف فى ذلك تابع للشيخ أبى حامد •

(**فائدة**) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام فى باب المرابحة يدل على أن الأرش فى مقابلة سلطنة الرد وفى غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة . وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام . وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله •

(فـرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرش ؛ فاذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرش أصلا ، وبه صرح الامام والغزالى فى البسيط والرافعى ، قال ابن الرفعة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة ، فان قيمته قد تنقص ؛ فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرش •

(فـرع) مع قولنا بأن الأرش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفى شرح الفروع للقاضى أبى الطيب فى كتاب السلم اذا اشترى حنطة معيبة بعبد معين ، وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرش ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض فى الباقى ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين فى تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد فى البعض ، هكذا عبارته ؛ والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة فى الدوام ، فانه انتقاص طارىء لا بطريق التعيين • وقد تقدم البحث فى ذلك ، وسيأتى له تتمة ، وانما أوجب هذا الاشكال الذى قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرش مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب •

(فـرع) لو كان العيب فى عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرش عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهـان مذكوران فى الكتابة عند خروج النجم معيبا بعد تلفه ، هل يتعين الأرش فى رقبة المكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما فى كل عقد ورد على موصوف فى الذمة •

قال الامام : وأمثل من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه فى كل مقبوض عما فى الذمة خرج معيبا ، وتعذر رده (أحدها) يرجع على

الدافع بأرشه بنسبته من العوض كما فى المعاوضات (والثانى) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم .

(فــرع) فى فتاوى القاضى حسين : اشترى فى صحته بمائة ما يساوى مائة ، فوجد فى مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب . قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندى فان اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد فى مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضــا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فان اشترى ما يساوى مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استعاد به أربعين (والثانى) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف فى يده أو بعد رده كان يأخذها .

(فــرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخــر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشترى : زال الحادث حلفا وأخذ المشترى أرش أحد البياضين ، فان اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشترى يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشــافعى والأصحاب ، وقال الرويانى : ليس للمشترى الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل فى العود الا بحجة وله الأرش لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله .

(فــرع) اذا ثبت الأرش فان كان الثمن بعد فى ذمة المشترى برئ من قدر الأرش ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان (أصحهما) الثانى ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فان الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكأن ذلك تفريع على أن الأرش جزء من الثمن •

(أما) اذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من[1] فان اتفق الدينان جرى التقاضى ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق فى يد البائع ، فهل يتعين لحق المشترى أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان (أصحهما) الأول ، هكذا قال الغزالى والرافعى ، وتعليله يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرش غرم مبتدأ ، أما اذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشترى ، وينتقل الى المشترى بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها فيما اذا كان فى الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا (ان قلنا) ان الغرم جديد لم يتعين (وان قلنا) جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعى بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئا •

وان قلنا : يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعى رحمه الله مسألة ما اذا كان الثمن فى الذمة وفاه ، وهو باق بحاله ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشترى ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهى غير المسألة الأولى ، لأن تلك فى الأرش وهذه فى الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعين فى الأولى فرع عن تصحيح التعين فى الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فانى هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرش ، وان كان الثمن معينا وهو باق فى يد المشترى ففيه وجهان فى النهاية الأصح تعينه ، ويجب بناؤهما على ما تقدم (ان قلنا) الأرش غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعين أخذ الأرش منه تالفا ، فهو كما اذا رد المبيع والثمن تالف •

---

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » . (المطيعى)

وسيأتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ؛ وقيمته ان كان متقوما ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ، قوم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص فى يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه فى ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت فى يده فانها زيادة حدثت فى ملك المشترى لا حق للبائع فيها ، فلا يجوز ادخالها فى التقويم) •

(الشرح) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرش ، والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض . فانه ان كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت فى ملك المشترى •

(والطريقة الثانية) أن فى المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) هذا (والثانى) ونقل عن نصه فى موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ؛ وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف ، وفرق بينه وبين التخالف ؛ ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص ؛ ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع •

(والثالث) نقله الرافعى عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيته منصوصا فى باب الغصب من اختلاف العراقيين معللا بأنه يوم اذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الأول الصحيح ؛ وممن اقتصر على ايراد هذه الطريقة الامام والغزالى الى أن قال الرافعى: والأكثرون قطعوا بالأول . وحملوا كل نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل •

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف تعليله وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل فى ذلك من حيث المذهب : وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل فى جوابه •

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ، وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرش لا يختلف بذلك ، ذكر ذلك ابن أبى عصرون وسبقه اليه الشاشى فى الحلية ، والأكثرون اعتبروا ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشـافعى يدل لهم • ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت عباراتهم عن هـذا القول الثالث فالأكثرون يقولون كما قال المصنف انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقـد ويوم القبض • وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعى فى الشرح ، والمحـرر والنووى فى الروضة وعبارة ثانية قالها الامام فى النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع فى الحالين ، ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين • وعبارة ثالثة قالها النووى فى المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض •

(فأما) عبارة النووى فى المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الأولين •

وأما عبارة الامام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ، لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع الأرش الأكثر فى الحالين ، فان المعنى بأقل القيمتين ، قيمـة المبيع مع العيب فى حالة العقـد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليما عشرة فى الحالين ، ومعيبا يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذى قاله فيه نظر ، وأول ما أقدم أن لنا قيمةمنسوبة اليها ، وهىقيمة السليم ، وقيمة منسوبة وهى قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قـدر العيب من السليم ، فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقـد ، كهى بينهما بعد ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفا فى اليومين ، فهنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة •

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ؛ وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة . فالنسبة فى اليومين العشر ، ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان . ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن على التقديرين العشر وان اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمه المبيع مع بقاء قيمه السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس . وقد يكون ، باحتلافهما معا .

(مثال الأول) قيمته فى اليومين سليما عشرة ، ومعيبا يوم العقد تسعة ، ويوم القبض ثمانية . فالاختلاف ههنا فى المنسوب ، فان نسبنا قيمه يوم العقد كان الأرش التسع ، وان نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو انفع للمشترى . وكلام الامام تصريح . واطلاق كلام المصنف وغيره يقتضى انا نسلك هذه الطريقة التى هى أنفع للمشترى ، فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش ، وايجاب أكثر النقصانين من الثمن لكنى سأبين ان شاء الله تعالى فى آخر الكلام أن المصنف والأصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجه لهم اليه هنا ، لأنهم بينوا فى موضع اخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع . والنقصان مع بقاء قيمة السليم لابد أن يكون بعيب . والزيادة لابد ان تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله .

(ومثال الثانى) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا فى القيمة المنسوب اليها فان نسبنا الى أقل القيمتين كان الأرش التسع ، وان نسبنا الى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشترى ، فليس فيه ايجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه ان شاء الله تعالى .

(ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن الأرش التسع ، وهو أنفع للمشترى من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقـد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما اثنى عشر ومعيبا عشرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرش التسع ، واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن • أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا خمسة ، ويوم القبض سليما سته ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرش الثلث ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرش النصف ، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن •

واذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم ان شاء الله تعالى •

اذا عرفت ذلك فأقول : ان الامام عبر عن الوجـه الثالث الصحيح أن المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين ، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان غرض المسـألة فيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقـل القيمتين أقل قيمتى المعيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشترى مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانين أحسن من قول الباقين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين •

فعبـارة الامام مطـردة فى الأقسام الثلاثة ، هـذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسـام • وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عـدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصان فيه ، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع . ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة فى ملك المشترى ، والأمر المنسوب اليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا فى حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقا فاذا اختلفتا معا اعتبرنا أقل قيمتى المعيب ونسبناها الى أقل قيمتى السليم . وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والأصحاب . ولا يصح اطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثالين الآخرين فى القسم الثالث . وكذلك فى القسم الثانى أيضا ، فالموافق لاطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ، ولا ضرر المشترى مطلقا ، ولم أر فى ذلك نقلا صريحا .

الا أن فى تعليقة الشيخ أبى حامد قال : فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه فى تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب . وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، لا أقل قيمتى المعيب . وفى هذه الصورة وهى الثانى الذى ذكرته فى ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام الماوردى يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد . فانه قال فى مسألة الجارية تقوم فى أقل الحالتين . فاذا قيل قيمتها فى تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فاذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن . فهذا وجه من الاشكال فى هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى . وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتى السليم ، وليس المراد قيمتى المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره . ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقا كما قاله الامام ، وهذا الذى لحظه أبو حامد هو الصحيح فان المنسوب اليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده الى القبض ما لم يطلع البائع عليه . فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وانما المنسوب اليه هو المعتبر . وهو قد يقل وقد يكثر . وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف . فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح . وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى . وأما ما يختص بالصفة فنذكره فى ضمن فائدة .

(فائدة) قال الفارقى فى كلامه على المهذب : هذه المسألة يعنى

مسألة الكتاب التى ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليل ، وليس لنا فى الكتاب مسألة أظهر فسادا منها • أما فساد وضعها فانه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وانما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا اذا كان الأرش اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وانما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب ، مثلا : اذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه سقط عشر الأصل فيسقط فى مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فان أثر العيب فى التنقيص واحد ، فانه اذا كان أثر العيب فى تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه الى أصله بالعشر فيسقط فى مقابله عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وانما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن انما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة وأكثرها •

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد الى حال القبض ، فعرفنا أن النقصان فى يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته ، وانما يريد فوائد المبتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقوله : كان ما نقص مضمونا عليه يعنى أن العين المبيعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه ، يعنى الجزء الفائت من الثمن ، أو فوات جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه •

(وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض فى نفسه ، لأنه اذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وان كانت قيمته يوم العقد أقل الى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه اذا كانت هذه الزيادة حق المشترى لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فواتها مضموما الى قدر الأرش ، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقى رحمه الله •

وزاد ابن معن فى حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتـاج الى معرفة أمرين (الأول) أن الضمير فى قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم بنقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البايع أو المشترى ؛ لا جائز أن يعـود الى المشترى ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقـد الى يوم القبض ، ولا يتصـور أن يكون فى يد المشترى الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعـود الى المشترى بطل قوله : من حين العقـد الى حين القبض ، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصـان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

(الأمر الثانى) أن المراد بالنقصـان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة فى الثوب أو الدابة لا بغيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصـان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجـوز أن تقـوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصـان جزء كما بيناه من الأمر الثانى ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعـود الضمير الى المشترى لمـا بيناه فى الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقى .

ولأجل كلام الفارقى هـذا قال ابن أبى عصرون : انه لا فائدة فى اعتبار أقل القيمتين ، قال فى الانتصـار : ونص الشيخ أبو اسحاق فى المهذب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك فى الحاوى وذكره القاضى أبو الطيب فى بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فسـاده وبفساده قول الشاشى الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقـد لأنه موجب للضمان والقبض مقـدر له كما فى الحكومة فى الجناية قال ابن أبى عصرون : وهذا — يعنى كلام الشاشى — رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ، ثم لا وجه لمـا اختاره .

(وقوله) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة فى النظـر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجــزء فانما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصـــان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشاشى معترضا : لو كانت قيمته حال العقـــد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المـــائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى المرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكم ، لأن العيب الواحـــد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة الى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وانما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبى الدم : وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هـــذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عصرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفـــرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا ان شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام المـــاوردى والامام والغزالى وحكايتهما مع المراوزة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختار الشيخ أبو اسحاق قولا منها ، وترجيحه لها لا يكون فاســـدا ولا غلطا كما ذكره الفارقى ، بل ما ذكره الفارقى من الايراد والاشكال غلط ، فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار واذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وافادتها •

(وقوله) ان أثر العيب فى التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم ســـليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقـــد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن ، فحصـــل التفاوت الظاهر ، وهـــذا واضح لا اشكال فيه وانما فهم الفارقى أنه جعـــل قيمته معيبا تسعين وقيمته بالعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيبا يوم العقـــد أكثر ، ويمكن أن تكون قيمته معيبا يوم القبض أقل . واذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقى فى فساد التعليل ففيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولا له اخترعه وانما هو قول مقول عن أئمة المذهب ، فلا يليق بالمتأخر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره فى تصنيفه فانه فاسد ليس فى كتابه شىء أظهر فسادا منه ، وانما اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أفسد شىء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب ، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضى أبو الطيب والبغوى •

(قلت) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : وقيمتها يوم قبضها المشترى من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثرا فى اختلاف الأرش ، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشاشى له •

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من قليلها ، فالكلام عليه من وجهين (أحدهما) أن الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشمله ، أو أن الأولى فيه عبارة الامام •

أما اذا فرضنا الكلام فى القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فان النسبة تختلف قطعا ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان فى صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا فى قوله : فلا يجــوز أن يقوم على البائع ، فانه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

(الوجه الثانى) من الكلام على الشاشى أن الأصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلابد من اعتبارها ، فان قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشىء المنسوب اليه معلوما ، فان اتحــد فذلك ، وان اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبا حامد ، وبحث فيه هنــاك ، فاذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة انمــا يكون بحيث الأسعار[1] والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك اذا غلا الســـعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ، ويغتفرون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به فى حال الرفاهية •

وبعكس ذلك اذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هــذا هو العرف بين الناس ، وان كان ذلك غير منقول ، ثم ان المســائل التى تفرض فى الفقه ، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها •

فان قال قائل : هذا انما جاء فى آختلاف الأسواق ، وفرض المسألة فيما اذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع •

(فالجواب) أن الاختلاف فى قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف الســوق ، ولابد من اعتبارها •

---

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب ». (المطيعى)

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع ففى غاية الاشكال وايراد الفارقى عليه قوى ، وهو كذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأنا اذا أدخلنا الذى نقص فى التقـويم قبل الأرش وتضرر المشترى وانتفع البائع ، فلو قال المشترى لناسبه[1] من هذا الوجه وكان يفسـد من وجه آخـر لعـدم مناسبته لبقية تعليله بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام فى العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبى حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب اليها ، وعلى ذلك يصـح أن يقال : فلا يجـوز أن يقوم على البائع ، لأنا اذا نسبنا اليـه وأدخلناها فى التقويم كثر الأرش عليه ، وان تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبى حامد وهو أصح لمـا تقدم .

(فان قلت) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص فى يده مضمونا عليه ، وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى : انا نوجب على البايع قدر ما نقص بفواتها مضموما الى الأرش انما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض . وقد رأيت صاحب الواف نقـل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما اذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل فى ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحـكم اذا فرضها كذلك . وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف فى التعليل فقال : هذا مشكل . لكن أراد أن النقصـان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشترى بقبض المبيع ناقصا ، فلو فرضناه وقت العقـد أدى الى ايجاب ضمان النقصـان على البائع ، وقد سقط عنه ، الا أن الشيخ عنى البائع فى أول كلامه ثم ذكره ظاهرا .

(**قلت**) : معناه أن المشترى قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة .

---

(١) كذا بالأصل ولعله : « يناسبه » . (المطيعى)

فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى الثانى ، وهو الأقل ، وفى ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البايع ، لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم العقـــد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقــد تسعين ويوم القبض ثمانين ، فعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغى بأن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البايع ، فيكون الأرش العشر •

(والظاهر) من كلامهم أن الأرش فى هذه الصـــور الخمس ، لأن الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعـلم بذلك أو يجهل ، فانه قد يحصـــل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشترى من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش عن العيبين جميعا ، الذى كان قبل العقـــد والذى حدث قبل القبض •

وقال صاحب الواف : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبعه من أمواله اذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشترى ، واذا كان كذلك لم يجــز أن يقوم عليه للمشترى •

ورأيت فى تعليقة أبى اسحاق العراقى على المهذب : ولا يجــوز أن يقوم على المشترى ، وهــذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسـخ فيهــا البائع ، والفارقى أعرف بما فى المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجــزء ، وأظن ذلك كله اصلاحا لمــا أشكل عليهم • وتعليل المــاوردى قريب من تعليل المصنف • كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من الاشكال الا بقوله : فلا يجــوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شـــيخه القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وارد عليها •

(فـرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين • أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معيبا تسعة عند العقـد ، ثم نقص فنقصانه مع بقـاء قيمة السـليم انما تكون لعيب آخـر ، فذلك العيب الآخـر ان اطلع عليه المشترى ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقـد فقط ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقـاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصـان العيب فقد برىء البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فكذلك نقصـانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها •

(فـرع) عبارة الرافعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقـد ويوم القبض وكذلك فى المحـرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووى فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقـد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقـد ويوم القبض سواء • لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخـر • وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك • وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقـد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقـدم عن صاحب الوافى • على أنه فى الروضة تابع للرافعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجـد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظـر فليتأمل • وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقـد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه • لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور •

(فــرع) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرش عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فانه قال فى أول الفصل : اذا أراد ، يعنى المشترى الرجوع بالأرش • أما الأرش المــأخوذ من المشترى عن العيب الحادث ، قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فاذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تســعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هــذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هــذا فى كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه الا بكسره •

(فــرع) قال ابن عصرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المهذب قال (قوله) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقــد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقــد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى المسائل • وأيضا فقوله : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيــع اناء من فضــة وزنــه ألف وقيمتــه ألفــان فكسره ، ثم عــلم به عيبــا لم يجــز له الرجـــوع بارش العيب ، لأن ذلك رجــوع بجــزء من الثمــن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجــوز • فيفســخ البيــع ويســترجع الثمــن ثم يغــرم أرش الكسر • وحكى أبو القاسم الداركى وجهــا آخــر أنه يرجــع بالأرش لأن ما ظهر من الفضــل فى الرجــوع بالأرش لا اعتبــار به • والدليــل عليــه أنه يجــوز الرجــوع بالأرش فى غير هــذا ، ولا يقال ان هذا لا يجــوز • لأنه يصير الثمــن مجهــولا) •

(**الشرح**) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاناء ، ويغرم أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاناء والثمن — وهما متماثلان — والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعنيه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته فى سائر الصور ، كما سننبه عليه • واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشترى يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام فى التنبيه السادس •

(والوجه الثانى) ولم يذكره المصنف • وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشترى ، ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشترى قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالى هذا الوجه وايراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره • وقال الامام : انه أبعد الوجوه •

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه •

(والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره ، أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة فى الربوى انما تشترط فى ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك ، لا يقدح فى العقد السابق • قال الرافعى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد ، وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما فى سائر الأموال •

(قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج ٠ وبه يتبين أنهما لم يتفقا الا على أصل الفسخ ٠ ويأتى أيضا أن ما قاله الرافعى لم يصر اليه أحد ٠ وعلى هذا الوجه اذا أخذ الأرش فقد قيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذى رجحه القاضى حسين والبغوى والرافعى أنه يجوز أن يكون من جنسهما : لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شىء آخر ٠ وذلك من صور (مد عجوة) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقى : فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركى بعبارتين متقاربتين ، ولم يتنبه لاتحادهما ٠ ثم تنبه لأمور :

(أحدها) أن المصنف فرض المسألة فى الاناء ، وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى ابريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما اذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون ٠ وفرضها الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى أخذها البندنيجى فى مصوغ ، وكذلك الامام والغزالى فيما اذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها فى الحلى حسن لا اعتراض عليه ٠

وأما فرض المصنف ومن وافقه فى الاناء — فان قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة — فصحيح أيضا وأما اذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فان الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شىء ، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب فى يد المشترى ٠

(الثانى) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام : بل سكت عن الثمن بالكلية ٠ وكذلك القاضى أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها ٠ والمراد اذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ؛

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسـألة ، لأنه لا يبقى محظـور فى المفاضلة ، فالمشترى يرجع بأرش العيب القديم ، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقى فيه وجهين وأظنهما فى الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوى فى التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز .

قال القاضى حسين : فان كان نقد البلد ذهبا والحلى المبيـع من الفضة قوم الحلى بنقـد البلد ، ثم يسترد الأرش من الثمن ، ان كان عرضا فمن العرض ، أوذهبا فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضى حسين : يحتمل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدى الى الربا ، هكذا رأيته فى النسخة وكأنه سقط منها شىء .

(الثالث) فى التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ، ولكن اناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيبا ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصا ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك(١) .

(الرابع) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرش الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن ، وقد تقـدم عن الغزالى تردد فى أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالى هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب ، قال : فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم مبتدأ أو فى مقابلة المعقود عليه ، ويعنى بالأرشين أرش القديم وأرش الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرش عن القديم جزءا من الثمن

---

(١) بياض بالأصل .

(المطيعى)

لما تقدم ، والأرش عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله فى مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ فى غير الربوى يرد عليه اذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ •

فظهر لك بما قاله الغزالى أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرش جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرش جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام فى أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك علل الامام فى هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرش غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك •

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون فى القياس ، جار فى حال الاختيار ، ولم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، فهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرش ليس غرما مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون • وفى كلامه ، وفيما تقدم عنه ، وفى النظر ما يدل على ذلك أيضا • ولذلك قال فى توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرش فى هذا المضيق تقدر كأرش مبتدأ ، مرتب على جناية على ملكه •

(الخامس) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم • صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما • ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشترى أن يفسخ أيضا كما يقول فى التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه فى بابه فانه عندنا فيه وقفة •

(وأما) على قول الأكثرين فيبعد الحاقه بالتخالف ، وانما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرش فيه ، وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ ، كما وعدت به من قبل ٠

(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع ، اذا ورد الرد عليها فى هذه الصـــورة أدى الى الربا ، وليس المـــراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه الى ملك المشترى ، وليس فى الأوجه من يقول بجواز رد الأرش مع المبيع ، الا ما قال الرافعى أنه قياس الوجه الثالث ٠ فلذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب ٠ وعبارة الرافعى أنه يرده مع أرش النقصان٠ ويجب تأويلها على المعية فى الوجوب لا فى انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا فى تحقيق رد الأرش مع العيب بالعيب الحادث ٠ وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى فى جميع الصور ، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام فى أخذ الأرش عن العيب الحادث فى الفصل الذى قبل هذا ٠

(السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركى، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشى ، وكلام الرافعى يقتضى أنه عنه ٠

(الثامن) من قول المصنف فى تعليل قول الداركى لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به ٠ يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الأرش غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل ٠ فقوله : ظهر ينفى كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشـــاء نقص جديد ٠ فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الامام الثانى ٠

(التاسع) الدليل الذى ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجـــوز الرجوع بالأرش فى غير هـــذا الموضع بالاتفاق ٠ ولم يقـــل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأنا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الارش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجـــوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لافضائه الى جهالة الثمن • وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجـــوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لـــا ظهـــر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لـــا حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جناية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف •

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد ذلك فى هذه المســـألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعرى هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو فيه نص أو لا ؟ فانه ان كان فيه نص أو اجماع كان عـــذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن فيه اجماع ولا نص فماالمخلص عن هذه الاشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟ •

(العاشر) لا جواب ، وما استدل به الداركى أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا • وهـــذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم • واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك •

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعـــل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله • ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح •

(الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام ، وفيه نظر •

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح • فالعيب حدث على ملك المشترى فخيف يغرمه اذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فان المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعي : اذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل •

(الثانى عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعى فى الرجل يشترى ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدى ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأيته فى تعليقته ولم أفهمه ، وانما يفسخ البيع فيما اذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين • ثم فى مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين • وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك •

(الثالث عشر) صورة المسألة اذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذى ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه ينفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا • ولا يمكن أخذ الأرش • وقال القاضى حسين : انه يأخذ الأرش • وصححه فى التهذيب وقد تقدمت المسألة فى باب الربا • وذكره القاضى حسين • وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركى فى حالة البقاء ، ويلزمهما موافقته هناك • وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج فى حالة البقاء • وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب فى غير هذه الصورة • حيث يكون أخذ الأرش ممكنا • قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ • وقد جوز الشافعى الاقالة بعد التلف ، وكذلك فى التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول فى حالة البقاء كحالة التلف •

وذكر القاضى حسين فى هـذا الباب ثلاثة أوجه • قال : وفى المسألة اشكال • وقد تقدم فى باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة• وفى الحاوى فى باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرش ؛ وان كان بغير جنسه من النقدين (فوجهان) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهبا (والثانى) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيق ، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلا فيها وقد تقدم ذلك ، وتفريعه عنه فى باب الربا ، وقياس ذلك أن يجرى هنا فى حالة البناء ، لكن الماوردى فرض ذلك فى الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن .

(الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشترى فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا اشكال ، وفيه فرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتى المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتفت على ما تقدم أن المشترى اذا قبض المبيع فى زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه فى يده ، وهو ظاهر نص الشافعى ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتى المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد فى شىء من ذلك نقلا ولكنه قضية التفريع ، والطرق التى فى قبض المبيع فى زمن الخيار ، تقدمت فى هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض .

(الخامس عشر) اذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه ، فقد تقدم فى حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه . هكذا حكاه الرافعى ، يعنى اذا كان فضة يعطى قيمته ذهبا ، وان كان ذهبا يعطى قيمته فضة . وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضى أبو الطيب من عند نفسه فى حالة التلف أيضا ، والأكثرون لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة . وهو أحسن هذه غرامة . وليست عقدا يجىء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى العراقيون فيما اذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها)

يضمن بالنقد الغالب (والثانى) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروى : وكان القاضى الحسين يعيب هـذا ويقول : الاتلاف ليس مقيسا على البيع فى أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتى مثلها هنا •

(السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وان كان من الجنس قولا واحدا أو يجرى فيها الخلاف الذى فى الغصب (الظاهر) الثانى لأنهم شبهوه بالمستام •

(السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسـالك بعد أن ذكرالأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالى فى البسيط أنه لم يصر صائر الى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما فى سائر العيوب . وان كان محتملا بحكم التوجيه الذى ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعـد من اقتحام الربا . فلم يثبت الخيرة • وهذا الذى قاله الامام والغزالى يرد القياس الذى قال الرافعى انه قياس الوجه الثالث ؛ لاسيما وهو مختار الامام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الرافعى ؛ ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الرافعى من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه •

(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذى ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ؛ فلو كان يخرجه عن الجنس كالغش تبين بطـلان العقد للمفاضلة •

(التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو فى كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين . كما اذا باع صاع حنطة بصاع ، واطلع احدهما على عيب فيما أخـذه

بعد حدوث عيب فى يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التتمة . وقال ابن الحكم فى سائر أموال الربا كذلك • وكذلك قال غيره •

(العشرون) ان أرش الكسر الذى يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس فى شرح الوجيز ، اعتراضا على جعله كالجناية بعد الفسخ : انه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ؛ والمغروم جــزء من الثمن ، وكلام الغزالى ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج الى الفرار من الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هــذا البحث ، والأقرب هنا ما قلناه أولا ، وهو أنه لا يكون منسوبا من الثمن بل من القيمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقــد نقص المبيــع بمعنى يقف اســتعلام العيب على جنســه بأن كان جــوزا أو بيضــا أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه الا بكسره ــ فينظــر فيــه فان كسره فوجــده لا قيمة للباقى كالبيض المذر والرمان العفــن ــ فالبيع باطل لأن ما لا قيمــة له لا يصح بيعــه فيجب رد الثمن) •

(**الشرح**) تقدم الكلام فى النقص الذى لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشــمل ما اذا كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ؛ وكلا القســمين سيأتيان فى كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف على عيبه الا بكسره مما مأكوله فى جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرانج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ؛ فكسره فوجده فاسدا لا قيمة له كالبيض المذر الذى لا يصلح لشىء ، والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرانج والقثاء المدود ؛ فقد نص الشافعى رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن •

قال المزنى : سمعت الشافعى يقول : كل ما اشتريت مما يكون مأكوله فى جوفه فكسرته فأصبته فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا ، قال : وقال فى موضع آخـــر : فيها قولان •

(أحدهما) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشترى ما بين قيمته صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعى فى الأم فى الجزء الثامن فى باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره الشافعى رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا فى طريقه فالجمهور من الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين : على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم • وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفســـاد لكنه على سبيل استدراك الظلامة : كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع •

وتظهر ثمرة الخلاف فى أن القشـــور الباقية بمن تختص ؟ حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعى محتمـــل لكل من الوجهين ، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل القاضى حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له فى الدرس : اذا كان لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفســـاد العقد كسائر ما لا يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة . وان قلت : لبقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان ، وخالف القاضى فى ذلك ، لأن القصد من شراء البيض الطعم . وأحد لا يشترى البيض لينقش وتلعب به الصبيان ؛ والامام حكى قول القفال عن طائفة وأفســـده لكن بغير الطريق الذى أفسده بها القاضى . فان مقتضى كلام القاضى أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ؛ وليست مسوغة لايراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة ، والامام غرض الكلام حيث لا قيمة مع الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة . وان قلت نحكم بالصحة . لكنه فى آخـــر كلامه يقول : لا وجه الا القطع بالفساد •

وقال الغزالى : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعى يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقصان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المــالية الآن •

(فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فههنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر الا ما بقى بعد الأطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشترى فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن • هذا كلام الغزالى وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المســألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصــلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضى حسين ومقتضى كلام الغزالى فى هذه المســألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف فى استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما فى قتل العبد المرتد فى يد المشترى وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل •

(والثانى) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقــد كالأرش حتى تبقى القشــور للمشترى ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها •

(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال •

(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي ، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده فى حال صحته فيحملها على مراتب •

(احداها) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة فى حال صحته أصلا • وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضي حسين ، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالى •

(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان • فهى محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالى • فان كلامه يقتضى ذلك فى هذه •

(المرتبة الثالثة) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة فى صحة ايراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر • وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا • لكن يأتى الوجهان المفهومان من كلام الغزالى فى المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع، وان حصل فى يد المشترى •
(والثانى) أنه لا ينفسخ اذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشترى على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان اذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال فى جريانهما ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف فى كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا • سيأتى ان شاء الله تعالى فيما اذا كان له بعد الكسر قيمة •

(والأصح) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالى أنه ينفسخ (وان قلنا) ان العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالى لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع فى المسألة الآتية ، وشبه أيضا بالخلاف فى قتل المرتد فى يد المشترى بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والصحيح أنه من ضمان

البائع • اذا عرفت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف : فوجده لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصلا ، والأخير محل اتفاق •

(والثانى) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ، فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان لما تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا وبين القفال ، فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل القسمين الأول والثالث ، وتعليله بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله) البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه •

(فرع) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟ فعلى القول بأنه استدراك للظلامة لا يكون له الا اذا طلبه على الفور ، كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشترى • وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى زالت به المالية •

(قلت) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلامة لا يكون الا طلبه على الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المعيب وتعين الحق فى الأرش لا يجب أن المشترى يطلبه على الفور ، وقبل امتناع البائع تقدم عن الرافعى وغيره أنه يعلمه به على الفور ، فان شاء قبله فههنا ان كان الرد عند القفال سائغا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرش لكن ذلك لا فائدة فيه أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفال ممتنع لخروجه عن المالية : فيكون الأرش متعينا ولا يجب طلبه على الفور ، وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر ، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ، والله أعلم •

(فـرع) أطلق المصنف الكسر فى هـذا القسم • فيقتضى أن لا فرق بين أن يزيد فى الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ، وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر ، فلا فرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال : ان زاد فى الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشترى ، فلا يكون الأرش جميع الثمن وفيه نظر •

(فـرع) ان اختلفا فى تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له قيمة كبيض النعـامة والبطيخ الحامض ، وما دود بعضـه من المـاكول ـ نظرت فان كسر منـه قدرا لا يوقف على العيب بمـا دونه ـ ففيـه قولان (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول المزنى لأنه نقص حدث فى يد المشـترى ، فمنع الرد كقطـع الثوب (والثانى) لا يمنـع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم يمنـع الرد كنشر الثوب (فان قلنا) لا يرد ، رجع بأرش العيب على ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثانى) لا يلزمه ، لأن الكسر الذى يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله ارش) •

(الشرح) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرانج وغيره اذا بقيت له قيمة ، فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود • قال القاضى أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وان كان هكذا ففيه قولان • وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزنى • واتفقت الطرق على حكايتهما (أظهرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف (ثانيا) وهو الذى حكى المزنى فى كلامه أولا أنه سمعه من الشافعى ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية ، وممن رجحه الماوردى والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعى وقاسوه على المصراة• هكذا قاسه الأكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب ذلك ان شاء الله تعالى •

(والقول الثانى) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وصححه صاحب التهذيب ، قال المزنى بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرانج مكسورا ، كما لا يرد الثوب مقطوعا ، الا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعى فى الرانج قولين أيضا (فان قلنا) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بأرش العيب القديم • أو يضم أرش النقصان اليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعى • وهو مأخوذ من كلام الامام كما سنذكره فى آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ، نمن أطلق أنه يرجع بالأرش ، فاذا رجع بالأرش فيقوم صحيحا — وقشره صحيح — وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن • وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرش الذى يرده المشترى على ما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث فى يده ، وانما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع • وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشترى لأنا منعناه من الرد (وان قلنا) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرش الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) نعم كالمصراة • وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر فى قول الشافعى : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا فهذا صريح فى وجوب الأرش على المشترى اذا رد • ورجح الغزالى هذا القول •

(والثانى) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن أبى عصرون والرافعى فى المحرر • ولهذا قال فى الروضة : انه الأظهر ، ونقــل الرافعى أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا • ونقــل غيره أنه أصــح عند الشيخ أبى حامد ، ولم أر ذلك فى تعليقته وطريق الاطلاع على هــذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فانه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتى ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزى والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالى جعلها أوجها (أحدها) أنه لا يرد ويرجع بالأرش (والثانى) يرد بغير أرش ، وهو الأظهر عند الرافعى وغيره (والثالث) يرد مع الأرش ، قال الغزالى : وهو الأعدل • ثم ننبه على أمور :

(أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشترى ، ان كان الأول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعى ، وان كان الثانى فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرش خارج عن المــأخذين ، مع أنه المنصوص فى المختصر ، وعلله الغزالى كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسلة •

(الثانى) قال الرافعى فى المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرش على الأظهر ، وتبعه فى المنهاج فقال : رد ولا أرش عليه فى الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف فى الخلاف فى الأرش ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها • فالوجه أن يجعل قوله فى الأظهر غاية اليهما • ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرش وهو القول الذى رجحه فى الشرح • ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرش (الثالث) قال الامام : مما يجب التنبيه له — ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه — أن المسألة التى نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول فى العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشترى يرد المعيب المكسور من غير أرش ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق • فانا اذا ذكرنا فى الكسر خلافا فى المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله فى كل عيب حادث ، فلا تنفصل هذه المســألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش فى مقابلة عيب الكسر فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشترى فيها بالرد مع غرامة الأرش كان هذا فرقا فى ترتيب مسألة عن مسألة •

هذا كلام الامام وهو فى نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند التنازع يأتى الخلاف فيمن يجاب (فان قلنا) فى تلك المسائل يجاب المشترى فههنا أولى (وان قلنا) يجاب البائع مطلقا أو اذا طلب تقرير العقد فههنا خلاف ، والذى يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه المزنى من الشافعى أن المجاب المشترى فى طلب الرد مع الأرش ؛ والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع الرد فتتحد هى وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعى ، والظاهر أنه أخذه من كلام الامام هنا •

(الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ؛ فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص — فان كان لا يوقف على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به — ففى المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ؛ ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى • فيما اذا زاد فى الكسر ، المذهب امتناع الرد • وقال أبو اسحاق : على الأقوال • وأطلق الأصحاب المسألة فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتى يرى جميع الثوب من جانبيه ، فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ، أن لم تجوز خيار الرؤية • قال الرافعى : وهذا أحسن • لكن المطوى على طاقين لا يرى من جانبيه الا أحد وجهى الثوب ، وفى الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق •

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع الغائب ، وذكر الرافعى تنزيلين آخرين (أحدهما) أن يفرض رؤية الثوب قبل الطى والطى قبل البيع (والثانى) أن ما ينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشترى فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع •

اذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فان أراد الذى لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وان أراد ما يحصـــل به نقص وهى كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصـــلا ويقيس عليها ؟ • وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعا ، والظاهر أن المصنف انمـــا قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة• لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبى حنيفة • وأبو حنيفة لا يســـلم الحكم فى المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب • وكذلك فعل فى النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة • وهذا يدل على أنه أراد النشر الذى لا يحصـــل به نقص • ولهذا لم يقل فى علته هنا : أنه نقص • بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقا الى معرفة العيب لا يعد نقصـــا •

(الخامس) قال المرعشى : فى ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيمـــا تقدم مختصرا ولابد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه • وهو أن العيب الحادث فى المصراة على ثلاثة أضرب : ما فيه قول واحـــد أنه يرد كالعيب والخيار • كغمزه بعـــود أو حديدة فيتبين الأرش • وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر فله الرد • وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا • ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه الا بكسره • فاذا كسره فأصابه فاسدا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثانى) يأخذ الأرش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن •

(قلت) فان كان مراده حيث لا نجعل فى العيب والخيار عيبا بذلك الغمز • فهو يخالف فرضه • وان حصل فيه بذلك عيب — فان لم تبق له قيمة — لم يأت الا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال • وحينئذ القسم الثالث فى كلامه ان لم تبق له قيمة فلا يأتى فيه الا قول واحد كذلك • وان بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن •

(السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه الا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله فى جوفه ، فانه يشـــمل الثوب اذا نشره كما تقدم • وكذلك اذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحا فلما قطعها

وجدها عفنة • قال القاضى حسين فى الفتاوى : فيه قولان كما ماكوله فى جوفه (فان قلنا) لا رد له يأخذ الأرش من البائع • وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة ، قال : وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح فى عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنـــا : يلزمه الأرش قــوم معيبـــا صحيحـــا ومعيبـــا مكســـورا ، ثم يرجـــع عليــه بما بين القيمتين ، لأنه لمـــا رد انفســـخ العقـــد فيه فصـــار كالمقبوض بالســـوم ، والمقبوض بالســـوم مضمون بالقيمـــة ، فضـــمن نقصـــانه بمـــا نقص من القيمة ، ويخالف الأرش مع بقـــاء العقـــد لأن المبيـــع مع بقـــاء العقـــد مضمون بالثمن ، فضمن نقصـــانه بجـــزء من الثمن) •

(الشرح) اذا قلنا يلزم المشترى الأرش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذى رجحوه ، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المـــأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقـــدم أنه جـــزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرش هنا مخالف لذلك الذى قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره فى الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعى وخلائق لا يحصـــون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المســـألة ، بل بحيث أمرنا المشترى برد الأرش على البائع بعد الفسخ فى العيوب الحادثة ، ولذلك قال الرويانى فيما اذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشترى • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الرويانى أنه يرجع البائع على المشترى بالأرش قال والأقرب أنه يلزمه نقصـــان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذى قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثانى) من جهة النقل • أما الذى من جهة البحث فقال

مجلى فى الذخائر : فيه احتمـــال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب فى يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغى أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن •

وأما الذى من جهة النقل فقال المصنف فى باب اختلاف المتبايعين : ان المشترى اذا قطع يد العبد فى يد البائع لم يجـز له الفسخ ، فان اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على المشترى بأرش النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فلذلك قال القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع : ان المشترى اذا وطىء الجارية المبيعة البكر فى يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرش البكارة منسوبا من الثمن ، وطرد ذلك فيما اذا قطع يد العبد ثم مات بآفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : اذا قطع المشترى يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى اذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشترى على البائع بشىء •

وفى الحاوى حكاية خلاف فى صورة قطع اليد ، فى أن البائع يرجع على المشترى عند تلف العبد بالأرش المقدر كالأجنبى ، أو بما نقص من القيمة لأن الجناية كانت فى ملكه بخلاف الأجنبى • وفى التهذيب هل يستقر على المشترى من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب فى تعليق القاضى حسين • والمجزوم به فى شرح الفروع للقفـــال • وقد قدمت ذلك عن القاضى حسين والقفال فى وطء البكر • فهذه النقول كلها الا ما فى الحاوى تدل على أن الأرش المـــأخوذ من المشترى مقدر من الثمن كالأرش المـــأخوذ من البائع • وذلك يؤيد ما قاله مجلى •

والجواب : أما ما ذكر من النقل فان ابن أبى الدم فرق بين مسألتنا هذه • وبين المسألة التى ذكرها المصنف فى اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشترى لـــا رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقـــد قولا واحدا وصار كأن العقـــد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقـــد انما انعقد بينهما على ظن المشترى السلامة التى يقتضيها مطلق العقد ، فاذا بان كونه معيبا صار كأنه أتلفه ، ولم يجـــر عليه عقـــد ، فكان الثمن فى هـــذا بعيدا عن العقد ،

فلم ينسب القيمة اليه ، وهـذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم : بخلاف مسألة العبد ، فان المشترى هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير فى عيب أصلا ، فكأن المشترى رضى بالعقـد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن •

(الفرق الثانى) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى فى أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من ديته ، فيده كنصف نفسه ، فلو قتل المشترى العبد كان قابضا له قولا واحدا ، فاذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديرا ، فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه فى الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول المـاوردى فى الوجه الأول انه يضمنه بالأرش المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديرا •

(وقوله) فى الوجه الثانى : انه يضمنه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى فى جراح العبد (والثانى) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة • بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب فى غير العبيد ، وذكر الامام فى الغصب خلافا فى أن المشترى اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ؟ ويسقط ضمان العقد فى الباقى واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه فى الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره فى الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقـد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن •

وقد مال ابن الرفعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصـحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع فى العين وقد نقصت فى يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكروه بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجـزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف فى باب اختلاف المتبايعين وغيره فى بعض الأجـــزاء ، وهى أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة • فلذلك جعل مستوفيا لها ، وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق أو أبق لا يمكن أن يجعـــل المشترى بذلك مستوفيا لصفة السلامة منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا من دقيق الفقة فليتأمل •

(قلت) وهو حسن ان سلم لكن يخدشه أمران (أحدهما) تعليل المصنف والأصحاب بأنه لمـــا رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالســـوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا فى الأرش المـــأخوذ من البائع لا نفرق فيه بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرش جـــزء من الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا من الثمن ، وان كانت ليست بمقابلته الا على وجه التقدير ان صح ، فكيف لا ينزلها فى جانب المشترى كذلك ، وأيضـــا فانهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزءا •

(والثانى) أن الغزالى رحمه الله فى مسألة الحلى بعد أن حكى قول ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحـــد من الأرشين أنه غرم ابتداء وفى مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جـــزء من الثمن والفائت فى مسألة الحلى بالكسر وصف لا جـــزء ، فكلام الغزالى هذا وان استشكلنا به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضـــا على ما قاله المصنف والأصحاب هنا من أن الأرش من المشترى لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالى : انه جزء من الثمن كالمـــأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور •

ولا شك أن المشهور الذى قال به معظم الأصحاب فى الأرش القديم ، فلم لا كان كذلك فى الأرش الحادث ؟ اللهم الا أن يقال : لا يلزم من كونه جـــزءا من الثمن أن يكون منســـوبا منه وهو بعيد ، لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالى فى الأرش

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالى أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا ، وقلتم : اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، واما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج ، واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه فى الرد ، كما يفعل فى غيره ، فان كان الأرش حيث أخذ من المشترى لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى ، بل صارت هى وغيرها الأرش الذى يرده المشترى كالأرش الذى يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه •

وان كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم فى مسألة الحلى ، وفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارا من الربا ، فدل على أنه فى غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن ، وقد تقدم فى مسألة الحلى وغيرها أن الامام نبه على الأرش عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المعيب ؟ ويرد الرد عليهما جميعا ، واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق •

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى فى رد الأرش الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات فى رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير • لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال • وعند هذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة فى يد المشترى كالزنا والسرقة والاباق • فاذا فرض حصولها فى يد المشترى منعت الرد • فاذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفى تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات •

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشترى ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلى ، فلذلك يضمنه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألتنا هذه ، ومسألة الحلى ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير •

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشترى ، ودعى الى الرد مع الأرش . فيحتاج اليه • وكذلك فى هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الرافعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك الى المشترى ، وله الزام البائع به ، وفسخ العقد • فيحتاج الى البيان فيه • ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام فى ذلك الا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشترى يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرش لازما له فاحتاجوا الى بيانه •

ومسألة الحلى أولى بالبيان • لأن الأمر فيها على بيان الالزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام • وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى فى المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة • وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى •

وأما كونه يرجع فى الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود فى الفلس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله • فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن • لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشترى هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه •

(فرع قال ابن الرفعة : على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه • فيه وجهان (أصلهما) ما اذا تعيب العين فى يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب • وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب • وعلى الثانى يرتفع من حين القبض • وليس كذلك • بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ؛ فيتعين الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب ، لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول : قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشترى ؛ وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة فى ذلك •

قال : وعلى الجملة ففى التسوية بين المستام والمشترى فى هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ؛ فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، وقد نقص المبيع فى يد المشترى مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح منهما عند الغزالى اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ؛ لأن الفائت فى التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك : وهنا قد تقرر أن الفائت صفة ، ولكنهما قريبان منهما •

(قلت) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلعة هالكة • وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام (وان قلنا) من حينه غرم أقل قيمتى يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشترى ينبغى بناؤه على ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولا واحدا لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب (والثانى) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذى يحتاج اليه فى معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير) •

(**الشرح**) الطريقة الأولى : هى المذهب • كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاه الماوردى عن أبى حامد المروزى ، وجمهور

أصحابنا . والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزى عن بعض أصحابنا . فاذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعى أى فيأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع اذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه (وان قلنا) بالثانية فعلى ما تقدم اذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف .

(فروع) اذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه . ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه . وكذا تقوير البطيخ الحامض اذا أمكن معرفة حموضته بغرز شىء فيه ، وكذا التقوير الكبير اذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف . وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر . قال القاضى حسين وغيره : والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فاذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد ، وان بان بالشق فلا .

(فرع) روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابى اشترى لعمرو ابن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدى عمرو بن حريث كسر واحدة فاذا هى فاسدة ، ثم ثانية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه . وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعتهم به .

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه او وقفه

ثبت له أرش العيب لأنــه أيس من الرد فثبت له الرجــوع بأرش العيب) .

(**الشرح**) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبى ثور وقد ذكرته عند الكلام فى المصراة من نقل الجوزى عنه . لكن ابن المنذر نقــل عنه هنا لمذهب الشــافعى . وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس . فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا . أو بان لنا فى الرد بالعيب طريقا آخــر وهو الأرش بخلاف التخالف . وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع فى يد المشترى (اذا قلنا) بانتقال الضمان بقبضه فى زمان الخيار فانه يجــوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح (ان قلنا) انها فسخ ، وقيل لا . لعدم الحاجة اليها .

اذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعا بعلتين :

(احداهما) ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيتبين لك فيما اذا باعه .

(والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبى اسحاق فى مسألة البيع ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى . ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف فى يد المشترى الثانى كما سيأتى . ولا جــزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخــرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيــا اتفقوا ، وان وجــد أحدهما دون الآخــر اختلفوا . وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين فى التعليل ، ولم يعتبر قول أبى اسحاق .

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة فى الفوات (احداها) فى الفوات الحسى (الثانية والثالثة) فى الفوات الشرعى . أما الأولى

وهى هلاك المبيع ، فذلك يشـــمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد . واحتراق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه •

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر • وروى ذلك عن الشعبى والزهرى • وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المزنى الى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما فى الذمة كالمعين فى العقد •

(قلت) وليس كذلك • وقد كنت استغربت هذا القول عن المزنى فتبعت أثره فرأيت فى تعليق القاضى حسين قبيل كتاب الرهن أيضا ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم فى طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقى فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هــذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرش •

قال المزنى : وجب أن لا يجــوز له الرجوع بالأرش لأنه يؤدى الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقى • قلنا : هذا ليس من الاستبدال فى شىء ، وانما هو فسخ العقد فى البعض ، لأنه كاحتباس جــزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقــابل العيب من رأس المــال لو أسلم فى كر حنطة فقبضها وأتلفها • ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المــال ، فكلام القاضى هــذا يبين لنا أن مأخذ المزنى فى ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخــذ ذلك عن القاضى واختصر وسكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المزنى ، فى حالة التلف ، فحصــل فى كلامه اشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا ، وبما ذكره القاضى اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المزنى يمنع أخــذ الأرش عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره •

ثم ان القاضى أيضــا فرضها فى الاتلاف لا فى التلف ، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذى يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعـــام ونحوه فكذلك عندنا ؛ ســـواء حصل ذلك بفعل المشترى أو أجنبى •

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرش فيهما لأنه فعل مضمون فأشبه ما اذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ؛ وأجابوا عن البيع بعدم اليأس • وعن الامساك بدلالته على الرضا بالعيب • وأما الثانية والثالثة ، وهى ما اذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضـــا على أنه يرجع بالأرش ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبى والزهرى فيما روى عنهما فى العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : اذا أعتقه فقد وجب عليه •

ومحل اتفاق أصحابنا على ما اذا كان العتق بانشاء المشترى ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك • وفى معنـــاه انشاء وكيله • أما لو لم يكن بانشائه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجـــد به عيبا بعد العتق ، فنقل الرافعى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطـــان فى المسألة الأولى وجهين فى شراء القريب (الثانية) أنه لا أرش فى مسألة شرط العتق •

قال ــ يعنى ابن كج ــ وعندى أن له الأرش فى الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصـــود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شىء على رأى ابن كج ــ وهو الصحيح ــ وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذى يترجح فى مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشترى بالقرابة حين الشراء فكذلك ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وان علم المشترى حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : انه انمـــا بذل الثمن فى مقابلة العتق ، وليس المـــال مقصـــودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرش أيضـــا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان فى مقابلة ما يظن من المبيع ، فاذا فات جزء صار المبيـــع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن فيرجع فى الباقى • وأطلق الرويانى فى الحلية أنه لا يجب الأرش فى شراء القريب ، قال : لأن المعنى فى العاقد لا فى العبد •

(قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه فى انشـــاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرش • وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما اذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) اذا أعتقه فقد حصـــل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمـــال دون الثواب على أنه انما حصـــل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لمـــا سألة أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضـــل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق ، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشه •

(فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وانمـــا هو عن الجزء الفائت • هذا ذكره فى العتق المطلق ، وهو يأتى فى العتق المشروط • وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا •

(فـــرع) يستثنى من اطلاق المصنف ما اذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحلى ، كما تقدم عن الأكثرين فيما اذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب •

(فـــرع) استيلاد الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرش كما فى الثلاثة التى ذكرها المصنف • ورابعها تشترك فى عدم امكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتـــق خارج عن الملك وغير قابل للنقـــل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف فى انتقال الملك فهو بين العتـــق والاستيلاد •

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقـــا ، فاما أن يكون مع بقاء ملك المشترى ، أو مع زواله ان كان مع زواله • وسيأتى

فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام فى العيب الحادث لأن منها ما هو عيب ٠

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش ، لأنه لم ييأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الأرش) ٠

(الشرح) اذا أبق العبد فى يد المشترى ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذى علمه غير الاباق كالعرج والعور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق فى يد البائع ، فههنا الاباق فى يد المشترى عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرش العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب فى يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به٠

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الأرش ، لأنه يرجى أن يعود الى يده ، ويعرض الرأى على البائع فى قبوله على العيب ، واستثنى العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشترى المطالبة بالأرش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشترى حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرش ، والرد غير ممكن فى حال الاباق فيصبر حتى يعود فيرد ٠

لكن فيما قاله العجلى هنا نظر ، والفرق بين طلب[1] البائع ، الرد هنا وفى غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشترى هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت فى الانتصار لابن أبى عصرون أنه ان رضى البائع برده فى اباقه سقط حق المشترى

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيده السياق . (المطيعى)

من الأرش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الاباق ويزول به الاعتراض على العجلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الاباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والاباق فى يد المشترى مسند اليه واذا كان الاباق عادة له لم ينقصه الاباق الحادث لكن المشترى لا يمكنه الرد ما دام آبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لأنه لم ييأس من رده •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هـذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرش ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهـذا الالزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ما دام آبقـا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدمعنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرش ، وعلله بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعـد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديمـا غير الاباق وقد كان أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام آبقـا ولا يرجع بالأرش هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشترى قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الاباق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره •

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك فى الاباق رجع على البائع بأرش العيب ، لا يختلف المذهب فى هـذا اذا أبق فى يد المشترى ، فان أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض ففى وجه ضعيف أنه ينفسـخ العقـد كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ لبقـاء المـالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشترى الرد به ، واطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الاباق وقد تقـدم من ابن الرفعة أن الاباق قبل القبض عـذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الاباق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد فى ضمان المشترى ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك •

قال الروياني : فلو قال البائع للمشتري : لا تفسخ فأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام في الاباق بعد القبض •

(اعلم) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد في مدة الاباق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ ــ وهو الظاهر من كلامهم ــ فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذي تقدم في الثوب أنه لا يشترط حضور العين ، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ في غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا في مدة خيار الاباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

(فان قلت :) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمنه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغي أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد ، وان كان المراد أن الاباق عذر في التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه في أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الاباق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغي أن يشهد ، وأيضا فلو كانت العين غائبة في بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها ، وممن ننبه عليه في ذلك أن الاباق اذا تكرر فقد تنقص القيمة

أكثر مما اذا صدر مرة واحـــدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشترى يجب أن يكون اباقه الثانى عيبا جديدا اذا كان منقصـــا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد •

(فان قيل) بأن الاباق الثانى مسند الى الأول أثبت له عـــادة (قلنا) يجب أن يخـــرج على أن العيب الحادث اذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشترى ؟ (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرش الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما اذا كان الاباق فى يد المشترى لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، واشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرر اباقه بعد ذلك ، وهـــذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الاباق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق (والأولى) تبقية كلام الأصحاب على اطلاقه ، ومستندهم اسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، اذا اطلع بعد الاباق ان كان آبقا قال مالك : يأخذ المشترى بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثورى : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا[1] •

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الاباق فان الاباق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تالفا استحق أخذ الأرش ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعـــلم بالعيب حتى باعه لم يجـــز له المطالبـــة بالأرش ، قال أبو اســـحاق : العـــلة فيـــه أنه اســـتدرك الظـــلامة فغبن كمـــا

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله أعلم .

(المطيعى)

غبن ، فزال عنـــه ضرر العيب ، وقال أكثر أصـــحابنا : العـــلة فيـــه أنه لم ييأس من الرد لأنه قـــد يرجـــع اليـــه فيرد عليه) •

(الشرح) اذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عـوده • ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد فى الحال • وآما الرجوع بالأرش فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشـهرهما) وهو الذى قطع به المصنف فى هـــذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه ابو حامد والماوردى والمحاملىوابن الصباغ والجرجانى والشاشىوابن أبى عصرون من العراقيين والقاضى حسين والفورانى والبغوى من الخراسانيين آنه ليس له المطالبة بالأرش ، وبه قال جمهور العلمـــاء ؛ وهو الذى نص الشافعى عليه فى المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له آن يرجع على البائع بشىء ؛ واختلف أصحابنا فى علة هـــذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الى غيرهما أيضا •

وقال ابن أبى هريرة : لأنه ما أيس من الرد فربمـــا يعود اليه • ويتمكن من رده وهـــذا أصح المعنيين عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى ، وقال الرافعى : ورآيته منصوصا عليه فى اختلاف العراقيين •

(قلت) وهو كذلك فى باب الاختلاف فى العيب ، قال الشافعى : اذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ؛ ولا يرجع على البائع بشىء من نقص المعيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانمـــا يكون له أن يرجـــع بنقص العيب اذا ماتت أو أعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ؛ فأما اذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها • ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى ؛ وسيأتى من نصه فى البويطى ما يشـــهد لقول أبى اسحاق فى المعنى الذى علل به ، واعترضوا على علة أبى اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره •

(القول الثانى) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش ، وبه قال ابن الحسن وابن أبى ليلى ، وهو الأصح عند المـالكية ، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال : وقيل يرجع ، وليس بشىء ، وهـذه التضعيفة تقتضى أنه وجه ، فان عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشـافعى ، وهـذا مخرج خرجه ابن سريج • والناقلون له قليل . منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالى[1] وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا •وقال الرافعى : فى رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرفعة : وهو صحيح اذ فى مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشترى ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى •

(قلت) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشترى فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضـا قبل ذلك فى باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فاشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخـر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا . فليس له أن يبعضه عليه . ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليـه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب • وقيل : لا يرجع بشىء انتهى •

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش بأنه لا يرجع بشىء على القول الآخـر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلمـا لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده • وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

(١) بياض بالأصل فحرر • (المطيعى)

للشافعى فيما اذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطالب بنصف الأرش (والثانى) لا يطالب بشىء •

وأما النص الآخر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان أيضا (أحدهما) أنه لا يرجع بشىء كالقول الذى هنا (والثانى) فيه احتمال ، وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى ، يحتمل أن يريد بقيمة العيب فى النصف الباقى فى يده ، فيكون موافقا للنص الآخر الذى فى البويطى ، وحينئذ لا يدل على أنه اذا باع الجميع يرجع بالأرش ، بل يدل على أنه لا يرجع • ويؤيد هذا أنه اذا قال : اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشترى فذاك • وظاهر ذلك أنه يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرشا عن النصف المبيع ، فهذان الأمران يدلان على تأويل نصه فى البويطى على هذا ، جمعا بين الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذى خرجه ابن سريج كما للرافعى وابن الرفعة • بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك الظلامة ، ولهذا أوجب أرش النصف فقط •

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شىء لامكان الرد ، أو لوجب الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذى فى البويطى فى باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين ، والموجود فيه فى الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة أنه لا يرجع بشىء ، ومن قول ابن أبى ليلى : أنه يرد بما يده على البائع بقدر ثمنه ، فان كان قوله فى البويطى : وقيل يجبر البائع • المراد به قول ابن أبى ليلى ، فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لاثباته قولا للشافعى ، ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقل عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعى ، أو أنه لابد من أن يصرح بأسمائهم ، وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى النصف ؛ تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى •

أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرش ، وفيه الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب • ولا أدرى بماذا

خرجه ابن سريج • وقد رأيت فى البويطى ما يمكن أن يكون سندا للرافعى قبل باب الشركة • قال من كلام الشافعى : وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدا لما حدث عنده ، فان أشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر . ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده • وقال أبو يعقوب وهو البويطى ـ ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدوث عيب ، فيأخذ الأرش ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعى •

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر • والظاهر الأول والامام حكاه عن حكاية صاحب التقريب قولا ، لكن فيما اذا رضى المشترى الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشترى الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما اذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشترى الثانى بالعيب على المشترى الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، واذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد ، والقياس عند الامام فيما اذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقان :

(أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالى : انه اذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش ، لأنه روج على غيره • وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للاكثرين •

(**فائدة**) قال الغزالى والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرش يقرب من القولين فى أن شهود الزور اذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيلولة فى

المـال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة فى الأول ، والامام خـرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يغرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالى هنا • وقال الامام فى الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالى فى الشفعة على خلافه •

(فـرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخـذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن ؟ فيه وجهان •

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما اذا اطلع المشترى الثانى على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر فى الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفى كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام ففى الثانية أبعد لقرب الامكان •

وينبغى أن يقال فى الترتيب هكذا : انا ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان عللنا باليأس واليأس الحقيقى لم يحصل فى الصـورتين ، لكن حالة رضا المشترى الثانى قريبة من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، فجرى فيها الخلاف ، وقبل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس فى حالة رضا الثانى أو يرجع الأول بالأرش ، لأنه لا يلزم من تبرع الثانى سقوط حق الأول •

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع فى الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يترقب عوده اليه فيرده أو فواته بالكلية فيأخذ الأرش • وقال المـاوردى : انه اذا رضى الثانى بالعيب استقر سقوط الأرش والرد ، وهـذا الذى قاله انما يتجه على قول أبى اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه • وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعـد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لأن ذلك رضـا بالعيب • وأفهم آخـر كلام المصنف أن فرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشترى ، وهو باق فى ملك المشترى بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شيء من هذه الأمور ، فسيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضـا أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو فى ملك المشترى الثانى لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب فى زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشترى أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظـر اذا كان فى زمان الخيار للبائع أو لهما ، فانه متمكن من الرد ولاسيما اذا قلنا بأن الملك له •

(فـرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد ، لأنه ان قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فان رد المشـترى الثـانى بالعيب على المشـترى الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى اسحاق بالثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلفت الى زوال الملك وعوده هينا وسببه أن الرد ينتقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف فى الرد بعد زوال الملك وعوده فى الصورة التى سنذكرها عمن يقول بالمـأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضـاء القاضى ارتفع العقد من أصـله ، وللمشترى الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع فى الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

(قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب ، ولكن بطريق الجواب أن يقال (وان قلنا) بأن العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى انتقض • والرد فسخ لا سبب جديد لملك آخر •

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشترى الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالاقالة •

(فــرع) ليس للمشترى الثانى رده على البائع الأول ، لأنه ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح • وفيه وجه آخــر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا • حكاه صاحب التتمة وقال صحيح •

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(وان حدث عند الثــانى عيب فرجــع على الأول بالأرش رجــع هو على بائعه لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه اذا رجع المشترى الثانى على الأول بالأرش رجع الأول على بائعه لأنه أيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرش منه ، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى • وقال ان ذلك على التعليلين معا ، وأما الرافعى رحمه الله فانه قال على القول المشهور المخالف لتخــريج ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشترى الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشترى الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك ، والا أخذ الأرش منه •

وعن أبى الحسين ــ وهو ابن القطان ــ أنه لا يأخذه ، واسترداده رضا بالعيب •

وان لم يقبله وغرم الأرش للثانى ففى رجوعه بالأرش على بائعه وجهان (احدهما) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذى قاله الفورانى والماوردى ، لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا بغرامة الأرش (وأظهرهما) يرجع لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ أبو على : ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان عللنا بعلة أبى اسحاق واذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع ، وان عللنا بعلة الأكثرين وابن أبى هريرة فلا يرجع ، لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود اليه •

قال الشيخ أبو على : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثانى ، فانه ربما لا يطالبه بشىء فيبقى مستدركا للظلامة ، وهذا ما ذكر الرافعى رحمه الله . وأصل الترتيب فى تعليقة القاضى حسين والتهذيب وقطع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع ، والبقية من زيادات الرافعى رضى الله عنه ، وأورد ابن الرفعة على بناء الشيخ أبى على أنه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثانى وهو قد قال بالأول فامتنع التخريج •

قال الرافعى : انه على قول ابن سريج الذى خرجه للمشترى الأول أخذ الأرش من بائعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشترى الثانى • انتهى •

(وأقول) بعون الله تعالى : ما ذكره الرافعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع ، فان قبله والا انتقل الى الأرش فالحق لا يثبت للمشترى فى الأرش حتى يمتنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع وتعليله بأنه متبرع بغرامة الأرش ، ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه اذا جعله بغرامة الأرش متبرعا كما صرح به الرافعى عنه ، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما القول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان

وافقه فى أصل العلة ، وأما على القول بأن العلة فى الرجوع اليأس — فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالزام — فان اليأس هنا غير موجــود ، لمـا قاله الشيخ أبو على من امكان ارتفاع الحادث ، وعوده اليه ، فيمكن من رده بالالزام حينئذ وربما يعــود اليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشترى من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذى وجب له ابتداء على رأى الرافعى ، فامكان الزام الرد موجود ان كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وامكان الرد بالتراضى موجــود باحتمال عوده ، فلم جعــل الرافعى هنا الأصح أنه يرجع بالأرش ؟ وسكت عن قول الشيخ أبى على ، ثم قوله عن الشيخ أبى على : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثانى هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما اذا عللنا باليأس فليس لقرابته للثانى أثر ، فان امكان الرد بالتراضى لا ينقطع بها وامكان الرد بالالزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقرابة بل ينبغى ان كان له الرجوع رجع مطلقا ، وان لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع ، وان لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى تعليقهما يقتضى باطلاقه أنه اذا حصــل به نقص عند الثانى فللأول الرجوع بالأرش على اعتبار اليأس وهــذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : ان العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى على : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبى على أن الصحيح عنده امتناع الرجوع ان كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لـمـا قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرش ابتداء ، فانه يقتضى وجوب الأرش هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الرافعى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد الا أن يمتنع البائع فينتقل الى الأرش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى يحصل اليأس ٠

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له فى هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالزام ، وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر ٠

(فــرع) هذا الذى ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثانى الأرش من الأول رجع الأول على بائعه بلا خلاف ٠

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تلف فى يد الثـانى وقلنـا بتعليـل أبى اسـحاق لم يرجــع لأنه اسـتدرك الظلامة وان قلنـا بتعليـل غيره رجــع بالأرش لأنه قد أيس من الرد) ٠

(**الشرح**) اذا تلف فى يد المشترى الثانى أو كان عبدا فأعتقه ، أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيــع ، فقد حصل اليأس من الرد ، فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبى اسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيــع استدراك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وصــورة المسألة اذا تلف فى يد الثانى من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ، ولكن لم يغرم المشترى الأول الأرش للمشترى الثانى ، اما لأنه أبرأه من الأرش ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعــد ، وقد صرح الرافعى بالمسألتين الأخيرتين وقال : ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم ، وان عللنا باليأس يرجــع ، أما اذا غرم الأرش للمشترى الثانى فان المشترى الأول يرجع بالأرش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامة ٠ صرح به القاضى حسين والرافعى ٠

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلامة ، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد) .

(الشرح) طريقة العراقيين والجمهور البناء فى هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به فى التنبيه ، ويزداد فى حالة رجوعه بالبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثانى فله الرد قطعا ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثانى فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثانى، واذا رد على الثانى فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول .

وقيل : لا يرده على الثانى لأن فيه تطويلا ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثانى لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشترى الأول حين الشراء من الثانى عالما بالعيب لم يكن له أن يرد على الثانى ، ورده على الأول يبنى على المعنيين ، والصحيح الرد .

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضيا به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذى قاله هو القفال على ما نقله الرويانى . وقال : انه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل .

وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ . واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

فسخها احتمل أن يأتى فيها على الأوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الأوجه ، بل تتخـــرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتى فيهـــا قول القاضى فى حالة العلم أيضـــا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالى فى بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعـــلا مأخذ الخلاف فى ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعـــد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة فى باب التفليس من قولين منصوصين للشافعى اذا قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حـــر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم جاء رأس الشهر ففى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضـــا فيما اذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

(منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ ؟ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع (ومنها) اذا زال ملك المـــرأة عن الصداق ، ثم عاد اليها وطلقها زوجها قبل الدخول ؟ •

(ومنها) فى هذا الباب اذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم رد المشترى المبيـــع بعيب ، فهل يتعين لحق المشترى ؟ فيه طريقان (أحدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذى لم يزل ، لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله فى هذه المســـائل أنه كالذى لم يزل الا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذى لم يعد •

(واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور فى البناء لا اشكال فيها ، وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ، ثم المسائل المذكورة أعنى فى عـــود المبيع بالبيع والهبة والارث والاقالة ليست على وتيرة واحـــدة ، فان الهبة والبيع ملك جديد قطعا ، والارث ــ وان كان جديدا ــ لكنه اذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة فسخ ، فالعائد بها هو الملك الأول ، وكان ينبغى أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هـذا بأنها وان كانت فسخا فهى تشبهه بالتبع لأجل التراضى . ولهـذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن ان سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب ، وقد تقدم أن الرويانى اختار خلافه ، وبناها على أنها فسخ أو بيع ، وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسـائل كلها فى درجة واحدة لا ترتيب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ، ثم ان القاعـدة المذكورة التى بنى الامام عليها لم يلاحظوها فى كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ، ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحـد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسـائل فما الضابط فى جريان الخلاف المذكور ؟ وما الداعى الى أن يجعله كالذى لم يزل ؟ أو كالذى لم يعـد ؟ ونحن نقطع بأنه زال وعـاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل فى المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام مختصـا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أى ان قلنا العلة استدراك الظلامة لم يرد ، وان قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد ، وعلى الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح المنع .

(فـرع) اعلم بأنا اذا قلنا : الزائل العائد كالذى لم يعد كما صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشترى الأول طريق يتوقع بهـا العود والرد ، الا أن يرد المشترى الثانى فان فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسـد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى ، لكنه عمم مع رضا الثانى ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأنا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم يعـد . وأما المـاوردى رحمه الله فانه قال : اذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الأرش والرد ، وهذا انما يستقيم على قول أبى اسحاق ، أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالى

لا يستقيم سقوط الأرش ، وقد ذكرت ذلك عن الماوردى فيما مضى وذكرت له تأويلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه) •

(**الشرح**) هذا بين لا اشكال فيه ، الا أن الهبة بعوض بيع ، وحينئذ تأتى فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها • وقول المصنف : وهبه من غيره • قال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات : وأما قول الغزالى وغيره فى كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وانما الجيد : وهبت زيدا مالا ، ووهبت له مالا • قال : وجوابه أن ادخال (من) هنا صحيح ، وهى زيادة ، وزيادتها فى الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين ، وعند الأخفش من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد) •

(**الشرح**) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما اذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش لأنه لم يستدرك ، ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع اذا أريد أن العلة هى اليأس لاستدراك الظلامة ، وهذه الطريقة هى التى يشعر بها ايراد المصنف ، وبين ذلك أن القاضى أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف • ثم قال : والتعليل الذى ذكره أبو اسحاق وهو استدراك الظلامة غير موجود ههنا ، واذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق • وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم[1] من هذا الكلام • والرويانى صرح فى البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

---

(١) بكسر الواو مع التشديد •

عدم الأرش هنا ، واستدل بذلك على بطلان علته ، لكن المحاملي صرح بأنه على تعليل أبي اسحاق له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردي أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين • وحكى الروياني ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم الا أن يكون أبو اسحاق صرح[1] النقل عنه بذلك فيلزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه اذا باع لا يرجع بالأرش ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضا • كذلك صرح به الرافعي •

(**تنبيه**) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التي لا يسمى فيها عوض لنا في اقتضائها الثواب قولان •

(**فان قلنا**) لا تقتضي الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب (وان قلنا) تقتضي الثواب فهي بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : اما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك في كلام المصنف طريقان • اما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت في قوله الأول : ان الهبة بعوض ولم تدخل في قوله ههنا بغير عوض ، واما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب في عدم اقتضاء الهبة الثواب •

(**فرع**) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه (قلت) يعني أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرش قولا واحدا ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبي اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

---

(١) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء .

فى هذه المسألة مأخذا آخر ، ويصلح ذلك أن يكون جوابا لأبى اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن فى صورة واحدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ، لأنه أمكنه الردولم يستدرك الظلامة) •

(**الشرح**) اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبع القاضى أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقى الخلاف والتعليل • والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه ، كان له الرد • والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك (والثانى) لا • لأن الرد نقض للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الرافعى الوجهين فيما اذا عاد لا بعوض ، وبناهما على أنه هل يأخذ الأرش ؟ اذ لم يعد (ان قلنا) لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة • فيه وجهان (قلت) والقول بانحصار حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا أولى بأن لا يجرى ذلك الوجه •

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعى (فان قلنا) لا رد فى الحالة الأولى فكذلك ههنا • ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف فى المسائل الثلاث التى ذكرها • وفى معناها الوصية والاقالة كما تقدم •

وأما اذا عاد بالرجوع فى هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحا بها

الا في كلام الشيخ أبي حامد : ويحتمل أن يقال : انه لا يجـــرى الخلاف فيها ، لأن الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب ، والعائد هو المـــالك ، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد ، كما لم يخـــرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون ههنا له الرد قولاً واحدا •

ويحتمل أن يجـــرى فيها الخلاف أيضـــا كما يقتضيه اطلاق الامام والرافعي أخـــذا مما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه • وقد تقدم التنبيه على ضعفه ، وقد اشتبه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع • واعترض عليه نقولا وتعليلا ، ولا حاجة الى نقل كلامه ، وانما ذكرته لئلا يشتبه على غيره ، كما اشتبه عليه ، والرجوع بعد البيـــع ذكره المصنف فيما تقدم ، وقد تكمل شرح مسائل الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى •

(فـــرع) باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد ، وان كان زيد عالمـــا فلا رد له ولا أرش • وأما عمرو فلا رد له أيضا لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود ؛ فان تلف في يد زيد أخـــذ الأرش على التعليل الثاني دون الأول • وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وان كان عمرو عالمـــا فلا رد له ولزيد الرد • وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه • ثم لعمرو أن يرد عليه ، وان اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين ، لأن عمرا يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد في أصحهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد •

فلو تلفت في يد زيد ثم عرف به عيبا قديما بحيث يرد لو بقى يرجع بالأرش وحيث لا يرجع • وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثاني عليه : فعلى أي البائعين يرد ؟ على الوجهين (أحدهما) على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده (والثاني) على الثاني لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت • قاله المتولي وغيره وعن أبي الطيب في شرح الفـــروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلا ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى • هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظـــر • بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى • وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد • فليتأمل ذلك •

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرش على عمرو كان لعمرو أيضـــا أن يرجع بالأرش عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخـــر فيستفيد فرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرش كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع • قاله الشـــيخ أبو حامد • ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشترى الثانى عيبا كان فى يد البائع الأول • فان كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد • وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة •

(فـــرع) لو تلف فى يد الموهوب له فللمشترى الواهب الرجـــوع بالأرش قولا واحدا • قاله القاضى حسين •

(فـــرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خـــرج المبيع كله عن ملك المشترى أما اذا خـــرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرش للباقى فى يده (والثانى) لا يرجع بشىء • ويجىء فيه القول الذى خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرش • والأول أصح عند صاحب التهذيب • وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله • وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشـــهد للثانى • وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون • وهو يقتضى التعليل باليأس •

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرش النصف الباقى فى يده • وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل • وهو هنا أضعف • وهذا كله على المشـــهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده • وقد تقـــدم عن المـــاوردى فى ذلك خلاف ضعيف ؛ فيتحصل فى هـــذا الفرع بذلك أربعة أوجه (واذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره.

المـاوردى يعود الخلاف فى النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه ، واذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يرده على الوجه الذى يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية اذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقى ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ، ولو أن مشترى النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشترى الأول على بائعه بأرش النصف الذى فى يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقـوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذى باعه ان رجع مشتريه عليه بأرشه ، رجع هو أيضا على بائعه والا فوجهان • قاله فى التهذيب ، يعنى على علة أبى اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشترى فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا اشترى اثنـان عينا عن القاضى حسين •

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب •

(قلت) وهـذا نظير قول القاضى حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد اذا رجع اليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بهـا ، وهو الأصح ، هذا اذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع احداهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجـوز افراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضـا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغى على علة أبى اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقى ، وهو مقتضى تفريع المـاوردى ، فان تلفت العين فى يد المشترى الثانى ففى رد الباقى فى يده القولان فى نظيره اذا كان التلف فى يده ، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

(فــرع) لو لم يخــرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسائله فيما اذا حصل فى المبيع نقص •

(فــرع) لو كان المبيــع باقيا بحاله فى يد المشترى وملكه والثمن تالف جاز الرد اذا اطلع على عيب فى المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقــد أقل فالزائد حدث فى ملك البائع ، وان كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشترى • قال الرافعى : ويشبه أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى اعتبار الأرش •

(قلت) وصرح البغوى والرافعى هنا بأنه من يوم العقــد الى يوم القبض ، كعبارة النووى فى المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره • بخلافها ، فاما أن تكونا سواء كما قال النووى • واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف ، ولو خــرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشترى أو البائع ابداله ؟ •

قال الرافعى : فيه وجهان (أصحهما) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعنى فى الزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والفارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا ؛ فلا يشترط فيه ما شرط فى المردود والمقصود •

(قلت) وهذا كله فى الثمن المعين فى العقــد ، واذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما اذا كان فى الذمة ونقده ؛ ففى تعيينه لأخذ المشترى وجهان . لم يصحح الرافعى منهما شيئا • وذكر فى الرجوع بالأرش فى نظيرها ما يقتضى أن الأصح التعين ؛ وقد تعرضت له هناك • ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين فى المجلس أو فى غيره •

وقد يقال : ان المعين فى المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ؛ لأن المعين فى المجلس كالمعين فى العقــد على الأصح المذكور فى السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح الثمين ، لأنه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز ابداله • هذا اذا كان الثمن نقـدا أو موصوفا فعيبه • أما اذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأتى • ولو أبرأ البائع المشترى من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فان كان الابراء بعـد التفرق رجع بتمام الثمن •

قال الرويانى : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة اذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الابراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبيـع على المذهب فلا يرجع الا بما بقى ، ولو أبرأه من جميـع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الابراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشترى الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : يرد ولا يطالب ببدل الثمن •

وان كان الثمن باقيا فى يد البائع لكن ناقصا نظـر ان تلف بعضه أخذ الباقى وبدل التالف وان رجع النقصـان الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض فى أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا • هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسـألة فى فرع فيما اذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته ، وعن غيره الرجوع بالأرش واطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغـرم الأرش ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووى هذا الفـرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الرافعى •

(فـرع) الثمن المعين اذا خـرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع ، وان لم يكن معينا وكان فى عقد لا يشترط فيه التقابض فى المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والرافعى : سواء أخـرج معيبا بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاسا أو رصاصا •

(قلت) : وهذا فى غير المعين صحيح ، وأما المعين اذا خرج نحاسا

أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فانه يبطل العقد على الأصح كما تقدم فى باب الربا وسيأتى ان شاء الله تعالى فى كلام المصنف فى الفصل الذى بعد هذا بفصل ، وقد تقدم فى باب الربا جملة من أحكام العيب فى عوض الصرف •

(فــرع) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشترى بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه انما ملكه بالثمن واذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشترى فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم المــاوردى : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخــر وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصــا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

(فــرع) اختلفا فى الثمن بعد رد المبيــع ، فعن ابن أبى هريرة قال : أعيتنى هذه المســألة ، والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة فى يد المشترى ، وله الأرش على البائع من القــدر المتفق عليــه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحاق أن القول قول البائع لأنه الغارم ، كما لو اختلفا فى الثمن بعد الاقالة قال الرافعى : وهذا هو الصحيح •

(فــرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلفا فى الثمن ، فعن رواية القاضى ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الرافعى •

(فــرع) من زيادات النووى فى الروضة اشترى سلعة بألف فى الذمة فقضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان (أحدهما) على الأجنبى لأنه الدافع (والثانى) على

المشترى لأنه تقدر دخوله فى ملكه ، فاذا رجع المبيع رد اليه ما قابله • وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره فى باب الرهن •

(قلت) وذكر الرويانى فى البحر الوجهين (وقال) ان الأصح الثانى • قال : ولو خرجت السلعه مستحقه رد الالف على الأجنبى قطعا لأنه تعين آن لا تمن ولا بيع الا اذا لم يعنم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة ، فعن ابن الحداد له الرد : وعن ابى على لا : لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فان أخرجها من عيره وقلنا : التعليق بالذمة ، فله الرد • وان قلنا بالشركة ، فقيل : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعا ، لعدم استدراك الظلامة واذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقه امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهوالأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقى وقيمة التالف ، ولو اشترى عبدين فى صفقتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا • فقال المشترى : رددت الذى بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخـــر ووجد بأحدهما عيبا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضى حسين فى الفتاوى •

(فــرع) اتفق الشافعى وأكثر العلمــاء على أن المشترى اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه ، واذا كان تالفا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما •

وقال ابن أبى ليلى : اذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا فردها ، فان ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه فى الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد فى بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا ، فان خفى منه شىء رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس) •

(الشرح) لـما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه ، فعقـد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ، ولـما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليهـا الضابط فيها ، وما ذكره من الضابط سديد ، فان المدرك فى ذلك العرف ، ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لـما ثبت الرد ، فلذلك جعل ضابطه راجعـا الى العرف ، فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ، ولكن الاحالة على العرف قد يقع فيها فى بعض الأوقات الباس ، فلأجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين ، وأحسن شىء فيه ما أشار له الامام رحمه الله ، ولخصه الرافعى أن يقال : ما تبت الرد بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا ما ، يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون فى أمثال ذلك المبيع عدمه •

وأخصر من ذلك أن يقال : ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على أمثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة • قال الرافعى : فانما اعتبرنا نقصان العين بمسأله الخصى ، يعنى فانه يرد به ، وان لم ينقص القيمة ، لكنه نقص العين ، وانما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح ، لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شيئا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز أيضا عما اذا وجـد العبد والجارية مختونين ، فانه فات جزء من أصل الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به اذا كان قد اندمل • وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه • لأن البقاء به مثـلا فى الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة اذا كانت الأمة كبيرة فى سن لا يغلب فيه ذلك •

وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحترز عما اذا نقص زائد من أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها • فلا يثبت بزوالها رد • هكذا قاله صاحب التتمة • وهذا فيه نظر • فان القاضى أبا الطيب قال فى ذلك : اذا حدث فى يد المشترى وجب أن يمنع من الرد فى يد عندى ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ • فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد ــ كما قاله أبو الطيب ــ وجب أن يوجب الرد اذا حصل فى يد البائع وان لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع اذا حدث فى يد المشترى لا يمنع الرد ، فطرد قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته فى يد البائع خيار لا يمنع الرد اذا حدث عند المشترى فحصل الخلاف بين أبى الطيب والمتولى فى امتناع الرد بحدوثه ،

وأما ثبوت الرد بوجوده فى يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجعله عيبا ويطرد قاعدته ، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما فى المسألتين ، ويمكن أن يقال : ان زوال الاصبع الزائدة ونحوها وان لم يكن عيبا ، الا أن ذلك الزائد اذا كان موجوداً عند العقد استحقه المشترى ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشترى بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فلذلك قال القاضى أبو الطيب : انه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب ، نعم اذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها فى يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشترى الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وان لم يكن عيبا ، ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتبا فنسى الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وان لم يكن عيبا ، بل فوات كمال ،وهذا ان لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد ،

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار فى حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذى يشعر به كلام صاحب التتمة الذى حكيته الآن ، وهو مخالف لما قلته من البحث ، ولما قاله القاضى أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولا : ان ذلك الزائد وان كان شمله العقد الا أنه لا غرض فيه ، فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشترى ، وان أبقينا كلام أبى الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط ،

وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه فى موانع الرد فيفصل فى فوات هذه الزيادة فى يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا • اذا لم يبق بسببها نقص • ويكون كل ما يوجب الرد اذا كان البيع يمنع الرد اذا حصل عند المشترى ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد اذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه فى فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا •

وأصل هـذا الضابط الذى ذكره الرافعى وأشار اليه الامام للقاضى حسين ، فانه قال : الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصـل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار • وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذى تقدم كفاية • وبه تعرف ما يرد على حد القاضى •

وقال الغزالى : العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالاصبع الزائدة والخصى ، فان زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وانما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالى بهذا الى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة فى دخوله على الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت ، تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا •

وفى هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصـــان القيمة • ولذلك قال الشافعى رضى الله عنه فى باب العيب فى الرهن : والعيب الذى يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شىء ـــ قل أو كثر ـــ حتى الأثر الذى

لا يضر بعمله ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعى ــ والله أعلم بالثمن ــ القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : اذا كان بالرهن عيب فى بدنه أو عيب فى فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذى يرد به ــ كما قال فى التتمة ــ لشمل المبيع والثمن •

(**والجواب**) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا انما يقصد تعريف العيب فى المنع وما فى حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب أخر فى غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب فى المبيع ، وفى رقبة الكفارة ، والغرة ، وفى الأضحية والهدى والعقيقة • وفى أحد الزوجين ، وفى الاجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر فى المبيع الذى يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب فى الكفارة ما أضر بالعمل اضرارا بينا • والعيب فى الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب فى النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة[1] التواق ، والعيب فى الاجارة ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهى مذكورة فى هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة فى الجنين كالمبيع • هذا كلام النووى رحمه الله •

(**قلت**) والعيب فى الزكاة كالبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفى الصداق اذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل فى البهائم فى البيع زيادة ليس بعيب ، وفى الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهرى ، فجملة أنواع العيب ستة وان تكثرت أبوابها ،

---

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة •

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد •

(فـرع) قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل فى الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيـار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الاشـارة اليه ، والله أعلم • وقول المصنف : رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : ان قال واحد من أهل العلم به انه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة • واعتبر صاحب التتمـة شهادة اثنين : ولو اختلفـا فى بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع اليه فالقول قول البائع مع يمينه •

(فائدة) الرجوع فى العيب الى العرف له نظائر فى الفقه ، منها طول المجلس المـانع من البناء على الصـلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو • وقدر الصفة فى الاناء والتفرق القاطع للخيـار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيهـا يحال على العرف ، اما قطعا ، أو على خلاف • وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه الى العرف ، وليس هـذا مخالفا لـما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشـارع يحمل على المعنى الشرعى ، ثم العرفى ثم اللغوى ، والجمع بين الكلامين أن مـراد الأصوليين اذا تعارض معنـاه فى العرف ومعناه فى اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء اذا لم يعـرف حده فى اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمـراد أن معناه فى اللغة لم ينصوا على حده بما يثبته ، فيستدل بالعرف عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشـترى عبـدا فوجـده أعمى أو أعـرج أو أصـم أو أخـرس أو مجـذوما أو ابرص أو مريضا أو أبخـر أو مقطـوعا أو أقـرع أو زانيـا أو سـارقا أو آبقـا ثبت له الرد ، لأن هـذه عاهات يقتضى مطـلق العقـد السـلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها) •

(الشرح) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطمع فى استيعابها ، ولكن المقصود زيادة فى البيان على ما استفيد من الضـــابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعـــرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل فى البرص والجذام المستحكم وغيره ، أو مريضا • وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله فى الرقيق وغيره من الحيوان • هكذا قال صاحب التتمة وغيره • نعم اذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففى الرد به نظـــر ، وقال ابن يونس وابن الرفعة : ان المرض وان قل عيب •

وقال العجلى : اذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أبخر ، والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف الفم • واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة الى الاحتراز عنه • وفى التجـــريد أن الجارية ترد بتغير النكهة ، وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فان الجارية قد تقصد للاستمتاع • والعبد قد يقصد للمسارة •

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، واطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شىء يسير من الفخـــذ اذا لم يحصل بشىء من ذلك نقص ، أو أقـــرع وهو الذى ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط فى هـــذه الأمور أن تكون مستمرة ، فلو وجدت فى يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك انما يكون فى غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقـــا ، وهـــذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا فى ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد فى الزنا والسرقة أو لم يقم ، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقـــا مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر •

وقول أبى حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة • فان زناه يؤدى الى اختلاط نسبه بنسب غيره • وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقــد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحــدة فى يد البائع فللمشترى الرد وان تاب وحسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تزول ، ولهذا لا يعود احصان الحر الزانى بالتوبة •

وقال الغزالى فى الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب ، فأشعر باشتراط الاعتياد فى الثلاثة أو فى الاباق ، أو فيه وفى السرقة • ولو لم يكن من كلام الغزالى الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما ، لكنه فى الوجيز قال : اعتياده الزنا والاباق والسرقة فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله فى البسيط : أباقا أو سراقا أو زناء فأتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقــدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحــدا صرح فيه بخلاف ، والسرقة كذلك ، وأما الاباق فان الامام قال فى أوائل كتاب السلم فى جواب سؤال : ان اعتياد الاباق عيب ، واتفاق الاباق لا يلتحق بالعيوب • وهذا الذى صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ؛ ووراء ذلك ثلاثة أمور •

(أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشترى ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها فى يد المشترى عيب حادث بعد تكررها وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشترى ، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الاباق ، ولا فرق فى ذلك بين البالغ والصبى المميز ، وقال القاضى حسين : يأخذ الأرش لأن الاباق فى يد المشترى عيب حادث ، وقد تقــدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيب حتى أبق •

وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ، لم توجد فى يد المشترى

فان كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وان كان كبيرا يرد ، لأن العادة فى حال الكبر يتعذر الاقلاع عنها ، وفيه فى الاباق خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : ان للشافعى ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة فى الاباق يجوز أن تعد عيبا أبدا كالوطء فى ابطال الحضانة •

وصرح فى الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا • وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز الرد يعتمد وجود العيب فى يد المشترى • هذا ما تلخص لى من كلام الأصحاب فى ذلك •

وحيث قلنا : له الرد فى الاباق فمحله فى حال حضوره ، وأما فى حال اباقه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى فى الصغير ، واقتضاه كلام الثقفى فى اباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة الا اذا وجد فى يد المشترى عجب ، فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شىء آخر ، وان لم يكن عيبا فوجوده فى يد المشترى ان لم يكن مانعا فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم الا أن يلاحظ أن وجوده فى يد المشترى دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده الى سابق •

(فرع) لو وجد الاباق والسرقة والزنا ونحو ذلك فى يد البائع وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت فى يد المشترى ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت فى يد المشترى ، فصار ذلك كالمرض الحادث فى يده •

(فــرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء فى يد البائع بل لو وجدت فى يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضى حسين والمتولى فى الاباق ، وهو يجرى فى الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض .

(فــرع) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضا ، وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام .

(فــرع) فى مذاهب العلماء .

قال الثورى واسحاق فى الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبق : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : اذا جاوز عشر سنين فهو عيب .

(فــرع) قول المصنف : عبد على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع .

(فــرع) ومن أمثلة العيوب أيضــا الجب ، وهو داخل فى قول المصنف : مقطوعا ، والصئبان فى العبيد والاماء اذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتمــاع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل اذا كان لا يندفع الا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغى أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنــون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج فى العمى ، لأنه عمى فى أحد العينين ، فيكون داخلا فى قول المصنف ، وليس كذلك . لأن العمى عند الاطلاق انما ينصرف الى العينين نعم العور فى اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الاطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من احداهما .

(ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثانى) يكون بعلة حدثت ، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لا يبصر فى الشمس أو أعشى . وهو الذى يبصر بالنهار

ولا يبصر بالليل ؛ والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضى حسين • أو أخشم • وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئا أو أبقم وهو المعوج الفم أو أرت لا يفهم — والأرت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة من فوق • وهو الذى فى كلامه عجمة ؛ وهذا تفسير أهل اللغة •

وقال الفقهاء فى صفة الأأمه : هو الذى يدغم حرفا فى حرف على خلاف الادغام الجائز فى العربية • والرتة بضم الراء فكلا الأمرين فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان الغالب فيه عدمه كان عيبا • وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبا •

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم • ويمكن أن يبقى ذلك على اطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته • وقال القاضى حسين : اذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيار اذا كان يستظرف بكلامه • فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد • وكأن مراده ان كان يفهم كلامنا فلا رد • وان لم يفهم فله الرد فيهما • كما قال الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت •

(ومنها) كونه فاقد الذوق أو شىء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن شاغية وهى الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمة درداء الا فى السن المعتاد ، ونقل القاضى حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق أن له الرد والتقيد لابد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضى حسين أيضا أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمل وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفريعا على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه ما تقدم فى الشعر •

(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعترى الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس بحمرته •

(ومنها) كونه نماما ، أو ساحرا . أو قاذفا للمحصنات ، أو كذابا أو به نفخة طحال ، كما قال المـــاوردى والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا للصلاة ، أو شاربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة ، حكاه الرافعى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر ، ولا حاجه اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ، وأيضا يتخد ذلك عادة ، وفى التهذيب أن التسرب المنقادم الذى تاب عنه لا يتبت الرد بخلاف الزنا ، لأن سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا . وقد تقدم عن القاضى حسين أن الاباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر أنه كالشرب ، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب التهذيب مخالفا هناك الا أن يفرق .

(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى : وعن بعض المتأخرين أنه ان كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد (قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب الجنايات .

(ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره . قاله القاضى حسين والأليق هذا فى صور التلبيس كالتصرية .

(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ، والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح . والفتح أشهر وهو الذى خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون ذلك خلقة له فلا يأثم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون .

(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عصرون أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : انها لا ترد لقرب المـــدة ، وأن الشاشى قال : ما كان نقصـــا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبغى لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار .

قال ابن أبى عصرون : وهذا حسن (قلت) والذى رأيته فى الحاوى أن الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد

ذلك ، فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التى وقعت له ، ولم أر ذلك فى حلية الشاشى أيضا وهو عجيب ، والذى أقوله انه ينبغى التفصيل فى المعتدة ان كان قد بقى من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : انه لا خيار للمشترى ، وان كان زمنـــا كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار . كما تقدم اعتبار مثل ذلك فى الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الرويانى عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص . قاله القاضى حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضى أيضا ولا فرق فى ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة .

(ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد . ثم باعه . ثم علم المشترى فى زمن الاحرام فله الخيار . لأنه ليس له تحليله . نص عليه فى الأم فى كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشترى تحليله كالبائع ، قاله الجرجانى والنووى عنه ولا يثبت له خيار .

(قلت) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله . وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشترى أيضا ، ويثبت له الخيار . وينبغى التفصيل فى الاحرام . فان كان قد بقى زمن يسير كطواف أو حلق أو رمى فى آخر الأيام لا يكون له الخيار . والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل .

(ومنها) على ما قال الجورى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعـــد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو فى ذمة العبد .

(قلت) وهذا يقتضى أن يطرد فى كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به . أما اليوم ونحوه فلا . والذى لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

فاته صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغى أن يثبت الخيار ، لأنه لا يجوز له تأخيره عن رمضان آخر . فيصير كشهر بعينه وهو قريب الحصول •

(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله المتولى والرويانى بدين القرض ، وحسن أن التجارة والشراء فى الذمة خلافا لأصحاب الرأى ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا فى جناية عمـد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب (قلت) ينبغى أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء وجها ، وجناية الخطأ ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه اذا لم يكن أرشها باقيا •

(ومنها)ضمور الكعبين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكى وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والحلف المغير للبشره وكون احد ثديى الجارية أكبر من الآخـر ، والحفر فى الانسان وهو تراكم الوسخ الفاحش فى أصولها ، ذكر هذه الأحد عشر القاضى ابو سعيد فى فصل فى عيوب العبيد والجوارى فى شرح آدب القاضى لابى عاصم ، ونقله الرافعى عنه ، ولو وجد الجاريه لا تحيض وهى صغيرة أو ايسـه فلا رد ، وان كانت فى سن يحيض النساء فى مثله غالبا فله الرد ، وضبطه القاضى حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولى والرافعى • وقال القاضى حسين : اذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفى عبارة الرويانى اعتبـار عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمـل فى الجارية عيب وفى سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه ايراد الرافعى هنا وقطع به المتولى وقال فى التهذيب : عيب • وقال ابن الرفعة فى الكفاية : ان الرافعى قال فى الصداق انه أظهر الوجهين ، والذى قاله الرافعى فى الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان فى الجوارى زيادة من وجه ونقصـانا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم فى المـأكول وبالحمل فى غير المـأكول • وفى التناقض بين تصحيح الرافعى نظر ، فان النظـر فى الصداق فى الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ، ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، فقد لا يكون

الحمل فى الحيوانات عيبا فى البيع . لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة ، ويكون نقصا فى الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر .

ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو خشنة المشى بحيث يخاف منها السقوط . وشرب البهيمة لبن نفسها . وقلة أكل الدابة . وشرط المتولى والرويانى فى الجموح أن لا تنقاد الا باجتماع الناس عليها ، وهو بعيد ، وان كان فى كلام القاضى حسين ما يفهمه . قال القاضى حسين : ولو كانت ترهب من كل شىء تراه فله الرد أيضا .

وقال الهروى : من عيوب الدواب الحران وأن يكون اذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند . قال القاضى حسين فى فتاويه : هذا اذا اختصت من بين ما حواليها بذلك ، فان كان ما حولها من الدور بمثابتها فلا رد . وكونها ثقيلة الخراج. وان كنا لا نرى أصـل الخراج فى تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ، ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد فى أمثالها وفى وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لثقل الخراج ولا بكونها منزل الجند ، وألحق فى التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجـد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ، ويزعزعون الأبنية ، وأرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع ، وحكى الرويانى فى هاتين المسألتين وجهين ، وأطلق القاضى حسين فى الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال : وقال العباد : ليس له الرد .

ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه ، فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد . هكذا فى التتمة والرافعى وفى فتاوى القاضى حسين . وهذا يقتضى تفسير الخراج بشىء غير أجرة الأرض فانه اذا لم يعلم أن على الأرض أجرة وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليهـا ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج ، بل لخروج بعض المبيع مستحقا . وقال صاحب التتمة : لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج فله الرد قل أو كثر ، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر .

وقال الغزالى فى الفتاوى : لو اشترى أرضا فبان أنها تبير اذا بارت رجلة(١) ويضر بالزرع فله الرد ان قلت الرغبة بسببه •

ومن العيوب كون المـــاء مسخنا على أصح الوجهين ، ولو باع الطاهر من الأوانى بالاجتهاد لزمه تعريف المشترى ، فان لم يعرفه فهل له الخيار ؟ وجهان حكاهما الرويانى ، ولو باع عشرين صاعا من ماء فى بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما أخرج الصاع الأخير وجـــد فيه فأرة ميتة ولم يتغير المـــاء بها فأريق هذا النجس ، وقال البائع : استلم الصاع من الباقى فى البئر لأنه كبير ، وطلب المشترى فســـخ البيع كان له الفسخ لأن هذا المـــاء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس ، فيصير كعيب أصابه بما اشتراه ، نص عليه الشافعى ، ونقله عنه الرويانى • والرمل تحت الأرض ان كانت مما يطلب للبنـــاء ، والأحجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام فى ذلك فى باب بيع الأصول والثمار ، فلينظر هناك •

ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس فى الحال من يتشـــهد بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وفرضهمـــا فيما اذا علم أنها ليست مزورة • ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان • قال الرويانى : وكذلك اذا ادعى مدع يعول على دعواه وفقهيا يحتمل أن يقال ذلك عيب • وهذا اذا سبقت الدعوى البيع وان بعد البيع وقبل القبض •

(فـــرع) قال الهروى : فصل فى عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها البحاثون وأفتى بها المفتون التابع فى الخلق وتغير الأظفار والخلف هذا فى العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين • هذا لابن أبى ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن الغدم فى اليمين والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات الا شامة بيضاء والغـــدد والعقـــد والكسف ، وهى دائرة فى قصاص الناصية

---

(١) رجلة ورجلى — كسكرى — يتعثر فيها الراجل اى المـــاشى على قدميه . (المطيعى)

والعس والجماجم فى غير مواضعها والكشف فى الحبل اكتواه فى عسيب ذنبه . والسلوم فى الأسنان والشقاق فى اليدين والرجلين واختلاف الأضلاع والأسنان وجرم البسوى . والأذن اذا اتسعت ثم خيطت ، والنمش والسمط وأثار جلد خطوط السياط وأكل الطين ، هذا لتسريت القاضى وحضاب الشعر وتجعيده والوشوم والعنة فى الصوت . وهذا لحفص بن عياث والترس أخفى من البرص واللواط والابنه والحول والقدع وذهاب الأشفار وأن لا ينبت عامها حدث فى زمان أبى عمر القاضى المالكى وأن يكون شتاما كذابا .

(فرع) قال الزبيرى فى المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار .

(قلت) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة ، لأن الاشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين آنه ليس لها . وقال الصيمرى : لو اشترى عبدا فبان آنه آخو المشترى أو عمه فله الخيار لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لأن هذا معنى خاص بالمشترى ، وقد صرح البغوى والرافعى بانه لو اشترى جاريه فبانت أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة عليه بنسب فلا خيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده يبول فى الفراش ـ فان كان صغيرا ـ لم يرد ، لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا ، وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاهة ونقص) .

(الشرح) اذا كان صغيرا فلا خلاف فى أنه ليس بعيب ، سواء فى ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ، وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا يكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضى أبو الطيب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد على ذلك فهو عيب فى العبد والأمة ، وعن أبى حنيفة أن له الخيار فى الجارية

دون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد ، وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التى ينام فيها ويحتاج الى من يغسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقى أن المصنف لم يذكر العلة بتمامها وان كان معتادا من الصبى لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام العلة أن يقول : هو معتاد من الصبى ومآله الى الزوال فكان فى حكم الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول فى فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد ، قال الرويانى : لم يكن له الرد ويرجع بالأرش لأن علاجه بعد الكبر عيب ، فصار كبره عنده كالعيب الحادث ، هكذا قاله الرويانى ، وكأنه فرض المسألة فيما اذا كبر الى سن عالية فوق كبره حاله المبيع بحيث يكون علاجه أصعب • أما البول فى حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر عند المشترى أو لم يكبر ، لا رد به ولا أرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء وهذا ناقص) •

(الشرح) الخصى الذى نزعت خصيتاه وسلتا ، وقيل : من قطعت أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل فى قول المصنف فيما مضى : أو مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط فى أول الفصل زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فاذا اشترى عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد • وان خرج خصيا ثبت الرد • وكذلك البهيمة اذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجانى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده غير مختون ـ فان كان صغيرا ـ لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصـا فى الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وان كان

كبيرا أثبت له الرد لأنه يعـد نقصا لأنه يخاف عليه منه ، وان كانت جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه) •

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الروياني الصغر هنا بسبع سنين فما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا • ووجه ثالث حكاه الروياني وقطع به المتولي ان كان الكبير من سبي الوقت من قوم لا يختتنون فلا خيار • وحكيا في الجارية وجهين • قال : قالا : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيهـا اصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت ههنا وتستحق ازالة هذه الجلدة أولى •

والجواب عما قالاه أن الاصبع الزائدة وجودها نقص ، ويخشى من ازالتها ، وهي خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية • وفي كلام المصنف اشارة الى أنه اذا وجده مختونا فلا خيار ، سواء أكان صغيرا أم كبيرا ، وهو كذلك اذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط أنه أقلف ، فاذا كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولي أن كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسيا ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار ، وان كان بخلافه فلا خيار •

ولو اشترى عبدا أقلف فختنه وان قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب • قاله صاحب التتمة والروياني ، ويحتاج المتولي الى فرق بين هذا والمسألة السابقة اذا شرط أنه أقلف فخرج مختونا • حيث فصل ويمكن الفرق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيبا) •

(الشرح) هذا مذهبنا • وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ، لأن الغناء حرام • وذلك نقص فيها • ومنع بعض أصحابنا تحريمه •

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعها من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار — يعنى لأن له غرضا فى ذلك — والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصى فخرج فحلا •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخصاء به ، وحكم العبد فى ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامرا أو عالمـا بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروى فى الاشراف : واذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموى وغيره من أصحابنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) •

(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : اذا لم بشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيـــار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما اذا كانت فى سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما اذا كانت صغيرة وكان المعهود فى مثلها البكارة ، فخرجت ثيبا ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولى والرافعى ، وأشعر كلام الروياني فى ذلك خلافا ، فانه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : ان كان مثلها يكون بكرا فى العادة فوجدها ثيبا له الخيار ، لأنه وجدها على خـــلاف المعهود ، قال : وهذا أصح عندى (قلت) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون فى المسألة خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد ، لأنه لا يقـــر على دينه) •

(**الشرح**) الردة عيب قطعا فى المملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر • فالكتابى قد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلى كالتوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا فى العبد ولا فى الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة •

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنهما محرمة على كافة(١) الناس ، وان وجد العبد كافرا أصليا أى كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر ، بحيث لا تقل الرغبة فيه ، وان كان فى بلاد الاسلام بحيث تقل الرغبة فى الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الرافعى والنووى ما قاله فى التهذيب • وقال القاضى أبو الطيب : أنه اذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة •

وفصل القاضى حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فانه أطلق الرد بالتوثن ، وتعليله بأنه لا يقــر عليه يقضى أن العبد الوثنى يقبل ؛ والمعــروف فى المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحبى التتمة والتهذيب يخرج فى العبد ثلاثة أوجه •

(أحدها) أنه لا يرد بالكفر الأصلى مطلقا ، وهو قول صاحب التتمة • (والثانى) وان كان فى بلاد الاسلام يرد به والا فلا • وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنيا ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب فى المجوسى ان كان فى بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك •

وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ؛ والمرتدة لا اشكال فى كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

---

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجىء (كافة) حالة ، فيقول : الناس كافة ـ بلا اضافة • (المطيعى)

وأطلق الشيخ أبو حامد فى الجارية ، والقاضى أبو الطيب فى العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا • ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب • وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهـا أنه ليس بعيب • وفصل هو ان كان الاسلام غالبا فى موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا فى العبيد ، بل كانوا منقسمين • وكان الكفر منقصا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا • وقال قبل باب بيع حبل الحبلة اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه فى بلاد الاسلام فله رده ، فانه نادر فى هذه الديار ، وان اشتراه فى دار الحرب فخرج كافرا فالذى ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لمـا قاله صاحب التهذيب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه) •

(الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة • ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى فى التفصيل بين أن يكون فى بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب فى ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطـرد تفصيله المذكور فيها • ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تعليلهم يرشد اليه • وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام فى الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب • والأصح ما نقـله قريبا من باب بيع حبل الحبلة هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص • وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص فى الدين ، والبيع انما يقصـد به المـال • وكفر الكتابى سبب فى تكثير ماليته • لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن • قال الفارقى : وقد ثبت هـذا المعنى فى اعتاق الكافر فى الظهار أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل • ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين فى محل الصوم فلا يجوز فى يوم العيد والحيض وان اختلفا فى مقداره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستأجرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشترى ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد) •

(الشرح) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها فى بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها فى ذلك الوقت ، والمستأجر منفعته فائتة الى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد فى سنن البيهقى فى الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفى البيان حكاية وجه فى التزويج وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر •

ولو قال زوجها لها : ان برىء المشترى من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشترى بالتزويج ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان فى البحر • (أحدهما) نعم ، لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشترى ، فيلزمها عدة الوفاة (والثانى) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها . لأنها عيب حادث ، أى من سبب متقدم فى يد البائع ام يقع الرضا به ، وحكم تزويج العبد حكم تزويج الأمة يرد به أيضا الا أن الاجماع المنقول فى الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك •

وقال صاحب التتمة : انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى ، ويجب

تقييد اطلاق غيره بذلك • قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما لو اشتراه عالمـــا بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن فى ثمنه لم يثبت له الرد ، لمـا روى « أن حبان بن منقــذ كان يخدع فى البيع ، فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعت فقل : لا خلابة ، ولك الخيــار ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجــد من جهة البائع تدليس ، وانما فرط المشترى فى ترك الاستظهار فلم يجز له الرد) •

(الشرح) هذا الحديث قد ذكره المصنف فى أول كتاب البيوع ، فيكتفى بما تقدم من كلام النووى عليه ، والأصح أن الذى كان يخدع منقذ والد حبان ، والحديث صحيح فى الجملة ، ومعنى لا خلابة : لا غبن ولا خديعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح باشتراطه أم لا •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر • لأنه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبى صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله «لا خلابة» وقد ورد أن حبان كان اذا اشترى فرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد غبنت أو غششت فيرجع الى بيعه ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قــد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته •

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو فى حق غيره ؟ مساق هذه القصـــة التى حكيتها بشعر بالأول ، فانه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه والى ذلك ذهب بعضهم • وقيل : ان ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة فى عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فان المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس • لأن الغرض كذلك فانتفى موجب الخيار •

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش أم لا • وان اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر الى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة • ونقل المتولى وجها شاذا أنه كشراء الغائب ، ويجعل الرؤية التى لا تفيد المعرفة ولا تنفى الغرر كالمعدومة • قال أصحابنا : وثبوت الخيار فى العيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوى أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، ولو تعيب فى يد البائع ثبت الخيار • ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا • ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالاخـبار عن الســعر على خلاف ما هــو • ولا طريق الى الاستكشاف •

ويخالف الغبن فى مسألة الرابحة لأن هناك علق العقــد الثانى بالأول ، والمخالف لنا فى هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور : أما مالك فقال : ان غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وان كان بالثلث أو أكثر فله الخيار • هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه • قال القاضى عبد الوهاب : ولم يجد مالك فى ذلك حدا ، ومذهبه اذا خرج من تغابن الناس فى قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره فى عقــده ، فان كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها فى وقت البيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا • قاله القاضى عبد الوهاب •

وأما أحمد فقال : ان كان المشترى مسترسلا غير عارف بالبيع ، واذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له • وأما أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع — فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله — فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول •

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»، وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالقياس على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير ، فان المشترى غره • وعن الثانى بأنا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار اذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا : يكره غبن المسترسل ، واطلاق الكراهة فى ذلك محمول على ما اذا لم يستنصحه المسترسل ، أما اذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه اذ ذاك خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل •

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبى حنيفة من القول بلزوم العقد لعله لا ينافى التحريم ، أو محمول على ما اذا لم يستنصحه كما تقدم ، قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه فيه ، أو كذبه فالمشترى فى ذلك بالخيار اذا تبين له ذلك •

(فــرع) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسىء الأدب أو ولد زنا ، خلافا لأبى ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبى حنيفة ، ولا بكونه يقتل النفس أو بطىء الحركة أو فاسد الرأى أو حجاما أو أكولا أو قليل الأكل بخلاف الدابة فى قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضى حسين الا أن تكون قلة أكل العبد لعلة • ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية فى الرد ولا بكون الأمة عقيما وكون العبد عنينا ، وعن الصيمرى اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الامام • ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشترى ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاعة أو النسب كما قاله القاضى حسين والماوردى والبغوى وغيرهم أو المصاهرة كابنه امرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه • بخلاف المحرمة والمعتدة : لأن التحريم هناك عام فتقل الرغبة • وهنا خاص به ، وفى وجه رواه ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة • حكاه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه •

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما اذا بان أن العبد أخو المشترى أو عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما اذا بانت أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار • وكذلك فى المصاهرة • ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح • وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف • وقال النووى باطل • ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع • قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فان من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه •

قال ابن الرفعة : انه اذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به — وفيه نظر — لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته • والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال • قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان • وهذا كلام عجيب • كيف يكون له الرد بما ليس بعيب • ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم • فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى • قال النووى: (الأصح) لا رد •

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقى للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك • قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع • قال القاضى حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

فى ذمته مال وكذلك قاله المــاوردى • قال : وقال العراقيون : له الرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفه وأصحابه • فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا •

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم ينفسخ العقد . خلافا لأبى حنيفة • قاله فى العــدة ونقله العمرانى عنه • فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد ، ولم أذكر منها شيئا الا منقولا ، ولا سبيل الى حصولها ، وفى الضابط المتقدم كفاية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد) •

(**الشرح**) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار . وهو الخلاف ما ظن بالالتزام الشرطى ، والغزالى يرى أنه الأصل للسـببين المــاضيين . وهمــا التغرير الفعلى وانتفاء الغرض • وقد تقدم الكلام فى ذلك . وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور . فاذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد • وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصــار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف . ولهذ يعبر الغزالى وغيره بخيار النقيصة فى الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب • واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضــابط وقد ذكر الامام والغزالى والرافعى ضابطا • واختلفت عباراتهم فيه . وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

(الأول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخاير بالخلف فيها (الثانى) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المــال ، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وضعفه • هكذا قال الرافعى • وأطلق الامام والغزالى جريان الخلاف فى هـذا القسم (والثالث) ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصـود ، فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده ، وأجاد النووى فى الروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقاً أو على خلاف •

(والثانى) لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو • وهذه العبارة أولى فانه قد يفوت الغرض دون المـال ، ويثبت الخيار قطعـا ويفوت المـال دون الغرض ، فيجرى الخلاف كما يأتى فى الخصى والفحل •

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ، ومسائل الفصـل منزلة على هذا الضابط • فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى • وكذلك لا خلاف فيهما • قال الأصحاب : ويكفى أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها • بقى شرط الكتابة عند الاطلاق يكفى اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا • ولو شرط حسن الخط • فان كان غير مستحسن فى العادة فله الخيار • وان كان مستحسنا فلا خيار له •

قال صاحب التتمة : والكلام فى كون هذا الخيار على الفـور • وفى كيفية الفور على ما تقدم فى العيب سواء • ممن صرح بهـذا صاحب التهذيب ، وان اختلفا فقال المشترى : اشتريت بشرط الكتابة • وأنكر البائع تحالفا ، وقيل القول قول البائع مع يمينه • قاله فى التهذيب •

(فـرع) قال القاضى حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا فى جملة الحرف غير الحجامة •

واعلم أن هـذا الفرع الذى ذكره القاضى يحتمل أن يكون مجزوما به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المـالية من جهة أخرى ، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفا

بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا أنه فات غرض ومالية ، على أنى نبهت أن الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المـــال ، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وان كان أفضل منها من جهة أخرى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى أنقص من الفحـــل فى الخلقة والبطش والقوة ، وان شرط أنه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد ، لأن الفحـــل دون الخصى فى الثمن والدخول الى الحرم) •

(الشرح) المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى ، وان تأدت المـــالية • قال القاضى حسين : وان كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ، ولا فرق فى ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها . لان الفحـــولة فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المـــال والغرض جميعا ، وجريان الخلاف فيهـــا مع فوات المـــال يدل لـــا قدمته من حسن عبارة النووى ، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيـــار • بل قد يفوت المـــال مع جريان الخلاف كما فى هذه الصورة وقد لا يفوت المـــال ويحصل الوفاق كما فى الصورة الأولى •

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على الحرم • والذى قاله الرافعى فى كتاب النكاح فى النظـــر : ان الخصى الذى بقى ذكره ، والمجبوب الذى بقى أنثياه كالفحل وفى الممسوح (وجهان) الأكثرون أنه كالمحرم . فعلى هـــذا ما ذكره المصنف من أن الفحـــل دون الخصى فى الدخول على الحرم . والا فهو اضعف فى العمل ، فان كان المصنف أطلق الخصى على الممسوح استمر كلامه • وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور فى كتاب النكاح فبان فحلا . ينبغى أن لا يثبت الرد . لأنه لم يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا انما أرادوا بالخصى هنا الممسوح ، لأنه فى العرف يطلق عليه كثيرا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم فى الدين) .

(الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه فحل فخرج خصيا . وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية . قاله المتولى والرافعى . لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا . قال الرويانى : يثبت الخيار . وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته فى العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس فى تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق فى هذا الفصل بين العبد والأمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال المزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل فى الدين ، الا أن الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر) .

(الشرح) المذهب ثبوت الرد فى ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى فى ذلك . ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام فى كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها فى المختصر . وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هى مسلمة لم يكن له فسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية . قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هى مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هى نصرانية له أن يردها فى قياس قول الشافعى .

وفى المسلمة وجه ثالث أنه أن بان قريبا من بلاد الكفــر ، أو فى ناحية أغلب أهلها الذميون ، ثبت الخيار ، والا فلا ، وهو اختيار القاضى حسين . وحمل كلام الشافعى على ذلك ، وقد جمع الامام الأوجه الثلاثة فى كتاب النكاح ، وذكر الامام فى الانتصــار لقول المزنى أن القيمة ان كانت تزيد من وجه رغبة الكفار فتلك رغبة باطلة مستندها الكفــر وتحسينه واعتقاد كونه حقا ، فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمــر .

قال الامام : وبقية الكلام أن هــذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به ، وان كانت بأكثر مما يشترى به المسلم ، وذهب المزنى ومن يوافقه الى ان الزائد لا يضمن لــا اشرنا اليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تعتبر عواده ، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد فى المغنية فى العــادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ، ومن اشتراها لم يعترض عليه ، فان الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن متلفها الا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء ، هذا كلام الامام فى كتاب المنهاج ، مع أنه فى كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقــا كما هو مذهب المزنى ، واختار الوجه الثالث ، وما ذكره فى الانتصار لقول المزنى جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة فى كفره ، بل لكثرة طلابه ، فان المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الامام هنا : ان هذا اذا كان الكافر أكثر قيمة ، فان لم يكن الامر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط فى الثيابة والبكارة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

(فــرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووى على عبارة الرافعى وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق بزيادة ماليته ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزنى ، وانغماره بالنسبة الى ما فى الاســلام من الفضل ، والكلام والخلاف فى هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما اذا شرط أنه خصى فوجــده فحلا ، والمخالف هنا أبو الحسن العبادى ، فيحتمل أن يكون العبادى يوافق المزنى هنا ، والمزنى يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كل منهما (أما) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطلاق ففواته كمال • والكفر عند الاطلاق لا يرد به (وأما) المزنى فلأن فضيلة الاسلام عظيمة لا يوازنها شىء فيجبر ما فات من الغرض المالى اليسير بخلاف الفحولة فان الغرض فيها وفى الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه •

(فرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار فى النكاح على الأصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا بصحة النكاح وهو الأظهر ولنا قول آخر أنه غير صحيح لاعتماد الصفات فتنتفى المسألة •

(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشترى مسلما والبائع مسلما فلو كان المشترى كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم (والأصح) فساده • ولو كان البائع كافرا ففى رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف (الأصح) جوازه فيأتى فيه أيضا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية على أنها بكرا فوجدها ثيبا ثبت له الرد ، لأن الثيب دون البكر) •

(**الشرح**) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية ، وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة • وعن أبى الحسين أن أبا اسحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ، لأنها وان كانت بكرا فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشترى فى بكارتها (والصحيح) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب ، ومن أصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لأنه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب اليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمن والبكر أفضل من الثيب فى الثمن) ٠

(الشرح) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضى أبى الطيب والرافعى وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية ، فهى تشارك فى ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن فى تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فانه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوطة فى الشعر أو البياض ، فيخرج جعدا أو أسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه ٠ الصحيح أنه لا رد فى المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا ، أو كونه فاسقا فبان عفيفا ٠

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض ٠ فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأتت ثيبا ، وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف : اذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الروياني ٠

(فرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد ٠ قال فى التتمة : الا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة ٠ فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه ٠ ولا غرض مقصود ٠

(فــرع) اذا ظهر الخلف فى الصفة المشترطة ، وقد تقــدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرش على التفصيل الذى تقدم ، قاله صاحب التتمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باعه حيوانا على أنه بغــل فوجده حمــارا ، أو على أنه حمــار فوجده بغــلا ففيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح ، لأن العقــد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط (والثانى) أن البيع باطل ، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد فى جنس آخــر) •

(**الشرح**) الشروط المتقدمة كانت فى الصفات ، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك فى الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثالين المذكورين ليعــلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذى شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها فى باب الربا فى الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان ــ والوجه الآخر محكى عن صاحب الافصاح •

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية • قال العمرانى فى الزوائد : صح البيع وله الخيار فى أحد الوجهين • وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، وقد سبق فى باب الربا عن المــاوردى البطلان ، وذكر الرافعى فى كتاب النكاح فيما اذا قال : بعتك فرسى هــذا ، وهو بغل ، أن الظاهــر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه فى باب الربا وكذلك قال عن الرويانى فى البحــر أنه لو قال : زوجتك هــذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح • ولو باعه عبدا على أنه تركى فاذا هو من جنس آخــر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام فى باب بيع الغرر •

اذا عرف ذلك (فان قلنا) فى اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام • وان قلنا : العقــد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما نبه المصنف بالمثالين عليه • ولو قيل : انه

اذا خرج أجـود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد ، لأن القول هذا على الأجناس والصفات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسـعة فهو بالخيـار بين أن يأخـذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل فى العقـد على أن تسـلم له العشرة ، ولم تسـلم له فثبت له الخيار ، كمـا لو وجد بالمبيـع عيبا • وان وجـده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسـخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشترى على قبوله ، كما أجبرنا البائع اذا كان دون العشرة • (والثانى) أن البيع باطل لأنه لا يمكن اجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا اجبار المشترى على الرضـا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجـدها دون المـائة ، فهو بالخيـار بين أن يفسخ لأنه لم يسـلم له ما شرط ، وبين أن يأخـذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسـمة الثمن على الأجـزاء لتسـاويها فى القيمة ، ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفـة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأنا لا نعـلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسـقطها من الثمن ، وان وجـد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخـذ المـائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخـذ ما عقد عليه من غير اضرار) •

(الشرح) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا •

(أما الأحكام) فاعلم أنه تقدم الكلام فى خلف الشرط فى الصفة والجنس ، والكلام الآن فى المقدار • وذكر المصنف فيه قسـمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثانى)

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسمين الى ما يحصل الخلف فيه بالنقصـــان ، والى ما يحصل بالزيادة فهى أربع مسائل ، وطريقة العراقيين فى ذلك تحتاج الى تأويل وفكر • وأنا ان شاء الله تعـــالى أذكر طريقتهم وطريق غيرهم فى ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى •

(الطريقة الأولى) التى ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضى أبو الطيب القطع بالصحة فى حالة النقصـــان فى المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشترى ، والقطع بالصحة فى حالة الزيادة فى المثلى فى القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد فى الزيادة فى حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للبائع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هى التى أوردها القاضى حسين فى آخـــر باب الشرط الذى يفسد البيع ، وفرضها فى الثوب خاصة ، وصححها الشاشى ، وعلى هذه الطريقة الصحة فى القـــدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولا واحدا • وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن • واختلف كلام القاضى أبى الطيب ، ففى التعليق وافق ذلك : وفى المجرد قال : يجب بالقسط • قال ابن الصباغ : والأول أصح •

(الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا فى الثوب خاصة قال : لو قال : بعتك هـــذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشترى فى أن يمسك بكل الثمن أو يرد • ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع • ومن أصحابنا من خرج ههنا قولا آخـــر أن البيع يبطل ، وهـــذا اذا قال له بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعتك على أنه عشر أذرع فخـــرج تسعا أو احدى عشرة ، ففى صحة البيع قولان ، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبا • هكذا رأيته فى تعليقته التى عندى بخط مسلم الدارى تلميذه ، مع أن الذى فى التجـــريد للمحاملى يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقة البندنيجى عنه •

(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته فى باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالى

والرافعى اطلاق الخلاف فى حالتى النقصـــان والزيادة فى المتقــوم والمثلى ، وفرضها الامام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالى فى الصبرة أيضـــا ، والرافعى فى الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكيه قولين •

(وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للاشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعتك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع ، فوقع التضـــاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشترى ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشترى ؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتى فى كلام المـــاوردى ما يدفع هذا الاشكال وينبغى أن يحمل على الاشـــاعة لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشترى خيار ؟ وجهان •

(أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشـــار اليه (والثانى) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لمـــا قاله المصنف فى الصبرة •

(وان قلنا) الزيادة للمشترى فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعى غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان (أصحهما) نعم • وهذا هو القول الأول الذى ذكره المصنف فى الثوب والأرض فى حالة الزيادة ، وهو الذى صححه فيها ابن أبى عصرون وغيره ، فاذا أجاز

كانت كلها للمشترى • ويطالبه للزيادة بشىء (والثانى) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع فى الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فاذا قلنا بالصحيح فقال المشترى : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب فى ذلك قولين ، وحكاهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط فى جوابات الجامع الصغير لمحمد(١) ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك فى الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات •

(أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله فى باب النهى عن بيع الغرر (أحدها) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان (والثانى) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذى حكاه الحناطى (والثالث) خلف شرط الصفة فى النكاح ، وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفقة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سأبينه •

(الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول ، فاذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف فى المبيع فليس فى هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف فى النكاح من

---

(١) يعني محمد بن احمد الدارمي • (المطيعي) •

جهة أن الغرض الأعظم فى المنكوحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض فى المقدار عن الجنس • وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف فى المبيع اقتضى الصحة فى جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار • كما قاله صاحب التهذيب •

وان ألحقناه بالوصف فى النكاح وجب أن يجرى الخلاف فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا فى زيادة المثلى بالصحة ، وأن الزيادة للبائع ، وترددوا فى زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين فى قول بعضهم : ان الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : انها للمشترى وللبائع الخيار كما قاله الرافعى فان الوصف ليس هكذا ، بل اذا خرج زائدا كان للمشترى قطعا بغير خيار ، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : انه اذا أجاز فى المثلى يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به •

وان ألحقنا المقدار بالجزء ففى حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شىء مع الموجود فى البيع ، فكأنه باع موجودا ومعدوما فيتخرج على تفريق الصفقة ، وينبغى على هذا البطلان على الأصح فى تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فان المعدوم لا يعرف قيمته ، وفى حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة فى الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة وينبغى على هذا أنه فى المثلى يصح على الأصح ، وفى المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضا وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة فى الصور الثلاث • وتصحيحهم الصحة فى الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة فى الجميع ، مع اجراء الخلاف •

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : ان خلف المقدار فى المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات فى النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا فى الصحة والفساد على التفريق فى الصفقة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات فى النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذى به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالى فانه اختار فى حال الزيادة التخريج على تفريق الصفقة ، وفى حالة النقصان التخريج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح فى القدر الزائد قطعا ، ويصح فى الباقى على الأصح وهذا سيأتى له فى الصبرة ، وهى التى تكلم فيها •

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساده كما تقدم — وأما تخريجه فى حالة النقصان على الاشارة والعبارة ، فالاشارة والعبارة مختلفة ، ففى الجنس اذا قال : بعتك هذه الشاة • وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفى النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح فى جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولا واحدا ، وان زادت ففى صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرد صاحب التقريب ، وسيجىء القولان فى الصورتين •

(**قلت**) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين فى الصورتين فى الصيغة المصرحة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال فى هذه المسألة ، وتلخيصه فى ثلاثة اشكالات •

(أحدها) على المشهور عن العراقيين فى فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفى فرقهم فى الزيادة بين المتقوم والمثلى •

(الثانى) على الشيخ أبى حامد فى فرقه بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجرى القولان ، وبين أن يقول : وهى عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغى الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغى الخلاف فيها •

(الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الرافعى وبعضهم انها للمشترى ، وللبائع الخيـــار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخريج فى بعض الصور يقتضى خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للأكثرين •

اذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعى رحمه الله نص فى البويطى على ما نقله القاضى أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه اذا اشترى صبرة على أنهـــا مائة كد فلم يصب الا خمسين ، فهـــو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شـــاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ، ويقتضى الصحة اما قطعا ــ كما قال العراقيون ــ واما أنه الراجح ، ويقتضى أيضـــا رد القول بأنه يخير بكل الثمن فى المثلى ، كما يقتضيه اطلاق الرافعى ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط فى الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجيز بالحصة يقتضى عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك •

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء ، وكان ذلك لمـــا قدمته من ارتفاع الغرض فى القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم بحصته وألحق فى الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشترى لفوات غرض مقصود ، وألحق فى الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقـــد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشـــاهدة لا الصبرة وشيء آخـــر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص •

وقال أبو الطيب : انه لا يختلف أصحابنا فيه واذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة ، كما صرحوا به ، واجازة بالقسط خلافا لما يفهمه اطلاق الرافعي — هذا فى حالة النقص اذا كان المبيع مثليا ، فان كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى ، والحكم بالاجازة بالقسط متعذر ، لأنه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف ، فخيرنا المشترى بين الاجازة بالجميع والفسخ وأما فى حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين ، وهما الالحاق بالوصف من وجه ، وبالجزء من وجه فمن جهه الحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشترى كأوصاف السلامة اذا شرط عدمها ، وكانت موجودة ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل ، يمكن ايراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما فى المثلى أبقيت الزائد للبائع ، وقلنا الحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشترى به فى حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشترى لتطابق الاشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شىء لأنه لم يقف عليه شىء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشترى ، ولا محذور فى ذلك ، فان المشترى يكون شريكا للبائع فى الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر .

وأما فى المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدى الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدى الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا فى هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده فى بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح فى الجميع بالثمن وللبائع الخيار ؟ أو صح فى المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك فى الصبرة اذا خرجت زائدة ؟ .

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

لم يشمل الزيادة ويحتمل أن يكون العقد شملها ، ويكون مرادهم أنه لا يبرم البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدي هذا المعنى . وان قلنا بالتالى كان ذلك سالما فى الصبرة ، ولكن فى الثوب والأرض مشكل ، لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول ، فيكون باطلا من اصله ولا ينجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع ، فطريق الخلاص عن هذا الاشكال بما سيأتى عن الماوردى أنه على قول الصحة يصح فى جزء شائع ، لكن ذلك فيما اذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا ، أما اذا ذكره مجملا فسيأتى ، وأما على القول بالبطلان عند زياده المتقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله ؟ أو أنه ينفسخ عند التشاحح لتعذر امضائه لا .

أن قلنا بالأول وهو الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب فعلة المصنف لا تقتضى ذلك ، لأنه علل بأنه لا يمكن اجبار البائع ، ولا اجبار المشترى ، ومقتضى ذلك أنهما اذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما قال هو وأكثر الأصحاب فى بيع الصبرة بالصبره كيلا بكيل اذا خرجتا متفاضلتين ، وليسا من جنس واحد ، فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده فى شيء من الصور التلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح فى الجميع ثم يسترجع البائع فى المثلى ، ان شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفى المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ ، هذا ما ظهر لى فى ذلك ، وأظنه صوابا وان كان الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

(**فائدة**) قد نبهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الاجازة ههنا فى المتقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ، وعلى أنه فى المثلى يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه كلام الرافعى من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعى فى المثلى بخلافه .

(فائدة أخرى) صورة هذه المسائل ليست على اطلاقها ، بل هى على ثلاثة أحوال ، (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ، كقوله : بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم على ما تقدم .

(الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعتك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومثل بالأرض والثوب والقطيع • وقال الماوردى فى الأرض والثوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن • وهو فى ذلك موافق لما تقدم عن القاضى أبى الطيب فى المجرد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بكل الثمن • قال الماوردى : وان خرجت أحد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثانى) يصح فى عشرة ، ويكون البائع شريكا بالباقى على الاشاعة ، ويثبت للمشترى الخيار ، والماوردى فى هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة فى الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الابهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته ، أما اذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغى على قول الماوردى أنه يجيز بالقسط ، والذى ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل •

(الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك فى كلام المصنف فى باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم فى الذمة أن يأتى التفصيل المذكور هنا ، اما أن يتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

(والطريق الثانى) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أصحهما) البطلان وقياسها أن تأتى هنا أيضا ، فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر فى أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن المفصل لا يعرف جميعه •

(فائدة أخرى) فرض هذه المسائل فى شىء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال المـــاوردى : البيع جائز للمشترى أن يأخذها بالقسط من الثمن • قال : ولو زادت ثوبا فالبيع فى جميعها باطل قولا واحدا ، بخلاف الأرض والثوب اذا بيعا مذارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعا فى جميعها ومساويا لباقيها ، وما زاد فى الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيه ، ويمكن ان يكون مشاعا فى جميعه •

(قلت) وقوله فى النقصان أن يأخذ بالقسط ، موافق لمـــا تقدم عنه فى الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله فى حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح فى الثوب الواحـــد ان جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال المـــاوردى فبنسبتها قاله هنا ، وان جعلنا الصحة فى الجميع فلا ، والله أعلم •

(فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضى حسين قبل باب بيع حبل الحبلة صورها فى الصبرة ونسب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : فى الصبرة يجيز العقـــد فى ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفى الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة فى الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوى فى المقدار فى بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير فى العادة ، كالكيل والوزن ، فلا فرق بينهما •

(فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطى رأيت مثله فى الأم فى آخـــر باب الثنيا عقب الكلام الذى سأحكيه عنه ، فى بيع العبد الجانى اذا قتل فى يد المشترى قال الشافعى : لأن العيوب فى الأبدان مخالفة بعض العدد ـــ ولو كان المشترى كيلا معينا كان هكذا ، واذا كان ناقصا فى الكل أخذ بحصته من الثمن ان شاء صاحبه وان شاء فسخ فيه البيع انتهى ـــ وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : ان العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العدد .

(فائدة أخرى) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك فى الأرض والثوب ، وصورها الزبيرى فى المتقضب فى الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان فى حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى فى الكتاب .

(فـرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : اذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما اذا علم المشترى ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار (قلت) وكذلك قاله ابن القطان فى المطارحات ، وفى البطلان اذا علم نظـر وينبغى أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) المشهور فى المذهب أنه اذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل : يصح فى الآدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال المرعشى فى ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشترى .

(قلت) فاذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشترى الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمـل يقاربه قسط من الثمن فيه نظـر واحتمال ، وهذا الذى قاله المرعشى هنا يوافق التفصيل فى شرط ترك الوطء فى النكاح ، وذلك أن الشارط هو الذى له غرض فى اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الحمل ، وانما الغرض للبائع فى براءته من العهدة بسببه ، وعلى هذا الا اسعاف الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ، وان كان الرافعى استشكله هناك ، فالمشترى هنا ليس له غرض فى يقوى أنه اذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم . أما اذا كان الشارط هو المشترى فيظهر أن له الرد ، لأن الحمل ــ وان قلنا : انه عيب ــ الا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به فى الصداق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع عبدا جانيا ففيه قولان (أحدهما) أن البيع صحيح ، وهو اختيار المزنى ، لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد ، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه (والقول الثانى) أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون) •

(**الشرح**) ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التنبيه فى باب ما يجوز بيعه وذكره فى المهذب فى هذا الموضع ، وكذلك المزنى والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه ، فانه مقصود فى هذا الباب ، والقولان منصوصان • قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش جنايته (والثانى) البيع مفسوخ من قبل أن الجناية فى عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع ، فيعطى رب الجناية جنايته ، وبهذا أقول ، الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنايته أكثر ، كما يكون هذا فى الرهن قال المزنى : كما يكون العتق جائزا تجويز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فاذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبى حنيفة وأحمد ، واختيار المزنى ، ورجحه الغزالى ، والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه ، هذا ان كانت الجناية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد ، وبهذا فارق المرهون • واحتج المزنى بالعتق وأن الشافعى جوزه أى فى العبد الجانى ، فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة •

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش فى رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا للبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية آكد من الرهن ، لأن العبد المرهون اذا جنى بيع فى الجناية وبطل الرهن ، فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجناية أولى ، وأجاب الأصحاب عن الزام المزنى للشافعى بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أولى (وان قلنا) البيع لا يجوز ففى العتق الاقوال الثلاثة التى فى المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

(قلت) وهــذا الجواب فيه نظر ، فان المزنى ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفســه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لمــا قاس الشافعى عليه استدل من كلام الشافعى على أنه يجوزه ، فالزمه بتجويز البيع ، والطريق فى الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعى يقتضى أن يكون قائل القول الأول يرى العتق جائزا فشبه به البيع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعى قد قال : ان القول الثانى قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزنى : ان الشافعى سوى بين البيع والعتق فى الرهن فى الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقــل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين (أحــدهما) أن الشافعى لم يسو بينهما فى الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع فى المرهون يبطل قولا واحدا ، وفى عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

(الثانى) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظــر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجانى لمــا صح عتقه كالرهن ، فانا نقيس الجانى على المرهون فى التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما فى المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن فى الجواز وأجاب هذا أنا نمنع أنه لم يقل به لمــا تقدم أنه ليس فى كلام الشافعى تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع • لأن الآبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم ، ولا يجوز بيعهم • قال المـاوردى : ان قياس العكس قال به

أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل فى الفرع باعتباره علة •

(**قلت**) ومن المـانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الاسفراينى كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجى فى الأصول ، فلذلك منع هنا على طريقته ، وفرق القاضى حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعـالى . فلم يزل بها ملك المـالك عنه ، ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك لكونه مملوكا لمـالكه ، يعنى والمستحق فى الجناية وقعت فيه مزاحمة وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا ، وفى كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعى : وبهذا أقول ، وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المزنى لمـا فهم عن الشافعى القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولا ثالثا أن العقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقـد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا . وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هـذا القول وليس بشىء والاشتباه من قول الشافعى : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد • وقوله « يتطوع السيد » يعنى بدفع الأرش أو القيمة . فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا بيع وقلنا موقوف ، فان أدى الأرش صح بيعه ولزم ، والا بيع ان استغرقه الأرش ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار للمشترى فى الباقى ، فان أجاز فبحصته من الثمن ، وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا . وبين أنه فى جناية الخطأ يسير الى أنه لا يجرى فيه جناية العمد ، قال : ومنهم من أنكره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى موضع القولين ثلاث طرق (أحدها) أن القولين فى العمـد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمى فهو كالمـال ، ولأنه يسقط الى مال بالعفـو فكان كالمـال ، (والثانى) أن القولين فى جناية لا توجب القصـاص • فأما فيما يوجب القصـاص فلا تمنع البيع قولا واحـدا ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فأما فيما يوجب المـال فلا يجوز قولا واحدا لأنه كالمرهون) •

(الشرح) الطرق الثلاث حكاها الشـيخ أبو حامد والقـاضى أبو الطيب،وقال الشيخ أبو حامد : ان الطريق الثانى هو مذهب الشافعى لأنه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجناية • وألزم السيد المـال ، ولو كان ذلك فى الجناية الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والقول الثانى ان البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجناية جنايته الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية ، وكل ذلك يكون فى الجناية الموجبة للمال •

(قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى فى كلام الشافعى دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد • بيقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو بنقل آخـر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هى الصحيحة ، وان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المـال فقط وممن صححه الرافعى ، وقال ابن أبى عصرون : ان الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لمـا تقدم • والطريقة الأولى فى الرافعى ما يقتضى نسبتها لابن خيران • ومن القائلين بها من بنى القولين فى العمـد على أنه موجب ماذا ؟ ان قلنا : القود المحض صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون • وكلام الرويانى يدل على اختيارها ، فانه قال : ان الأصح بطلان البيع عمدا أو خطأ •

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبى هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما اذا جعلنـا

موجبه القصاص لا غير لأنا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين ، وشاهد وامرأتين • حكاه القاضى حسين مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب التقريب • وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين ، وهذا فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية •

وهذا كله حيث لا عفو ، فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة ، اما جريان القولين ، واما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك حكم الخطأ • وكذلك اذا أتلف العبد مالا •

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجاني والمرتد من كلام القاضى حسين ، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه ، والفرقان يقتضيان وجهين (الطريقة الأولى) الا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر • قال الشيخ أبو حامد : كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياه يمنع البيع قولا واحدا كالرهن ، وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا ؟ على قولين كما ذكرنا ههنا • وكما قلنا فى المال اذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره ، كان على قولين(١) •

يعنى اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جناية بعينه ، محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجناية متعلقة برقبته كما تقدم ، وباعه قبل الفداء وهو موسر • فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم يمنع بيعه بحال ، وان تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل • ومنهم من طرد الخلاف فيه ، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه ان صححنا ، وان باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق صاحب التهذيب يقتضى الصحة ، واطلاق الماوردى يقتضى طرد الخلاف ، وهو الأقيس ؛ لأن اختيار الفداء ليس بالتزام ، فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شىء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح

(١) بياض بالأصول •

الوجهين فى الوسيط فى آخـر العاقلة قبيل القسم الرابع فى دية الجنين ، بل لو قلنا باللزوم فغاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها ، ولو باع العبد الجانى باذن ولى المجنى عليه فلا اشكال فى الصحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا قلنا : ان البيع صحيح فى قتل العمـد فقتل العبد فى يد المشترى ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو على ابن أبى هريرة : ان علم المشترى بالجناية فى حال العقد لم يرجع عليه بالأرش ، وان لم يعلم رجع بأرش العيب ، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمريض ، واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش وان لم يعلم رجع • فكذلك ههنا ، فعلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن • وقال أبو اسحاق : وحدود(1) القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع ، علم بالجناية حال العقـد أو لم يعلم ، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان فى يد البائع فاشبه ما اذا استحق ، ويخالف المريض ، فانه لم يمت بالمرض الذى كان فى يد البائع ، وانما مات بزيادة مرض حدث فى يد المشترى ، فلم يرجع بجميع الثمن) •

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذى هو المقصود ، فوضع المسألة فى هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب : انا ان أبطلنا بيع العبد الجانى رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتص الولى فذاك ، وان عفـا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء فداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ، وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع ، واذا أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد •

---

(1) فى بعض النسـخ : « وجود » بدل « وحدود » •

(والثانى) يتعين الأرش وان كثر ، الا أن يسلم العبد ليباع فانه قــد يرغب فيه راغب بأكثر ، وان قلنا بصــحة البيع ، فان كانت الجناية توجب المــال فظاهر مذهب الشافعى أن السيد ملتزم للفــداء ببيعه ، مع العلم بجنايته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ، وقيل هو على خيرته ان فدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل : وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفــداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخــرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له • هكذا قال الشيخ أبو حامد • ويقتضيه كلام أبى الطيب فى النقل عن صاحب هذا الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما اذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقــل نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ، وبه يضعف ما اقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيــع عند اختيار الفداء • ولا يضعف به جعــل البيع التزاما للفداء ، لأن المــأخذ فى ذلك الحيلولة كالعتق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فان قلنا بالأول فطريقان (أحدهما) يفديه ههنا بأقل الأمرين قولا واحدا ، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود الى النص (والثانية) ذكرها ابن داود وابن أبى هريرة ، ويقتضيها كلام المــاوردى جريان القولين فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقــدر على تسليمه للبيع ، ولذلك اذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة • ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فان تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لافلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع فى الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشترى •

وان قلنا بالثانى وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء • وهو قول أبى اسحاق المروزى فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع • وفى الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه • وان كانت الجناية موجبة خيار القصاص ، فان عفا الولى فالحكم على ما تقدم ، وان طلب القصاص قتله ونظر ، فان كان قبل القبض انفسخ البيع ، وان كان بعــده ، وهى مسألة الكتاب ، والمقصود فى هــذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فاذا قتل فى يد المشترى بالجناية السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب ، فان كان قد علم

به قبل الشراء أو بعـده ، ولم يفسخ حتى قتـل فلا شيء له • وان لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشترى ، وهذا نسـبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبى هريرة ، كما نسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسـبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسـبه المـاوردى لابن أبى هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج فى هـذه المسألة شيئا ونسب اليه فى مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله فى القول الثانى وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين فى هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقـل ما يوافق قول ابن أبى هريرة عن نصه فى الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال المـاوردى اليه فى القطع بالسرقة ، والثانى وهو قول أبى اسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعى على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولفظه فى آخـر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعى : من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول ، أو بقرا أو ابلا فأخذت الصـدقة منها فللمشترى الخيار فى رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقى بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرين فالبيع جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التى حال عليها الحول فى يده . ولا صدقة على المشترى فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمـد أو قطع يده فى سرقة ، فاذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • واذا قطع فله الخيار فى فسخ البيع وامساكه لأن العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العـدد • ا هـ • وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان فى يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وان وجد فى يد غيره كما لو أحبل المشترى الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضـا

بأنه كالاستحقاق أى جعل التلف فى يد المشترى بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى المبيع بسبب سابق ، وهـذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل ينفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن المـاوردى نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع • وذلك خلاف المشهور • وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما اذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشترى طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحليمى وغيره ، وسيأتى عن القاضى أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هـذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشترى ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجناية فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ، والأصل صحة العقد ولزومه •

ونظير ذلك اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد المشترى كالمريض اذا مات ، قاله القاضى أبو الطيب ، وحكم الجراحة السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين • وبين أن ذلك فى المرض المخوف • أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرش اذا ازدادفى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضى حسين • وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغـوى حينئذ موافقين للحليمى • وهذا كله اذا لم يعلم المشترى بالجناية حتى قتل فى يده ، فلو علم قبل العقـد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الرافعى : ويحكى عن أبى اسحاق واختيار أبى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفراينى فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف • أما القاضى أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا • وقال : انه غلط ، وان مذهب الشافعى لا يختلف أنه بمنزلة العيب •

ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذي قد رضي به • ولا شيء له • قال الرافعي : انه الأصح عند الجمهور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبي عصرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم يتزل منزلة العيب ، فاذا رضي به سقط أثره ، وهو أقوى في المعنى ، وفي الحقيقة هو عيب في الحالين ، ولكن في حالة العلم سقط أثره ، وفي حالة الجهل القتل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذي تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذي نقلته فيما تقدم عند طرءآن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعي : انه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعي ما تكلم في حالة القصاص ، وانما ذلك اذا طلع عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، انما النزاع في كونه اذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا ؟ •

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشترى اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمد بين أن يتوب أو لا وفي الخطأ بين أن يكثر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعي في البويطي في كتاب الغصب يدل على أنها — وان كثرت — لا يثبت الخيار اذا كان خطأ ، وفيه نظر ، وقد تأملت في كتاب الغصب في البويطي ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وقال ابن الرفعة : انه بين التمسك به في كتاب الغصب ، أما اذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال ، وهذا حيث يقول : ان مجرد الجناية لا يكون عيبا لما عند التوبة أو عدم التكرار أما اذا كانت عيبا فهي كافية في ثبوت الخيار •

(فـــرع) اذا باعه ولا جناية منه ، ولكنه كان قد حفـــر بئرا فى محل عدوان قبل البيع فتردى فيها ، من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

(فـــروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفادى ، وفيه وجه مذكور فى الديات من الرافعى . ولو قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ؛ قاله القاضى عنه فى باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حـــر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق ، والفرق أنه فى هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفى الأولى لم يوجد من العبد شىء ، فصـــار السيد متلفا بالعتق المعلق ومثل ذلك اذا قال : اذا قدم زيد فأنت حر ، فانه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغى على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعتقه ببينة لو نقص الأرش عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا فى مقدار الأرش ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الغزالى فى الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى فى الوصايا عند الكلام فى الدور الواقع فى الجنايات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فان أجازته الورثة فذاك والا نفذ فى الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه آخـــر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شىء من الدين .

(فائدة) أجمعوا اذا كان فى يد العبد مال وهو مأذون أن الدين فى ماله والجناية فى رقبته ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد الا ما فى يده ، وكذلك اذا عجز ما فى يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

(فـــرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك فى يد المشترى ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبى بكر بن الحـــداد المصرى تصير الزيادة كأنها حصلت فى يد البائع وللمشترى الخيار فى الرد والرجــوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض فى يده تمنع من الرد ؛ وله الرجــوع بالأرش بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا . بالعيب الذى كان فى يد البائع دون الزيادة التى حدثت فى يد المشترى ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع فى السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبى على لا ينفسخ ويرجع بالأرش ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا مرتدا فقتــل فى يده ، ففيه وجهــان فى قول أبى اسحاق ينفسخ البيع ويرجــع بالثمن ، وعلى قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش ، وأن لم يعلم رجع بالأرش ــ ووجههما ما ذكرناه فى الجانى عمدا) •

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف فى العبد الجانى ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الاشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمى وله العفو على مال فثان تعلق المـــال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضى حسين . ان الوجه المذكور خطأ لأن الشـــافعى نص أن رهن المرتد والقاتل جائز ، فاذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقــد على ما تقدم ، وان قتل فى يد المشترى بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم فى الجانى على قــول أبى اســحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعى : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ان كان المشترى جاهلا بردته •

وفيما اذا كان عالمــا وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا ؛ ورأى ابن الحــداد وهو

لأصح على ما تقدم انه لا ينفسخ البيع ، ولا يرجع بشىء • قال الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال ان قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح ، وان عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر ذلك لأحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبى هريره . فان كان علم بالردة لم يرجع بالأرش ، لأنها عيب رضى بها ، وان لم يعلم رجع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب ، فيتقوم مرتدا وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن ، قال الأصحاب : فان قيل : المرتد قتل لاقامته على الردة . وذلك حادث فى يد المشترى (فالجواب) أنه انما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله انسان قبل الاستتابة لم يضمنه . فاقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله فى التعليق : أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه ، لأنه مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات • وقال شيخنا القاضى أبو الطيب : يصح بيعه ، لأن فيه منفعة ، وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن ، فعلى هذا اذا قتل فى يد المشترى فحكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة ، وقد بيناه) •

(الشرح) اذا قتل فى المحاربة فان تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم فى جناية العبد ، وان قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك (فان قلنا) لا تسقط فثلاث طرق (احداها) قال الشيخ أبو حامد : لا يجوز البيع قولا واحدا ، لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل فى غير المحاربة لرجاء برء المريض واسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه المحاملى فى المجموع . ونسب الرافعى هذه الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى أبى عبد الله الحسين ، ولم أر فى تعليق أبى حامد التعليل بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتـل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتـق للعبادة ، ومنافع الدنيا والاخـرة ، واختار ابن أبى عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد . وقطع به فى المرشـد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الآبق والمجهول ، والمعنى فيه أن فى العتق قوة وسراية .

(الطريقة الثانية) ما قاله القاضى أبو الطيب انه كبيع الجانى يعنى عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف : وقد علمت ما يرد عليه .

(والثالثة) قال الرافعى : انها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك انها أظهر مما قاله القاضى أبو الطيب ، لأن جناية العمـد قد تصير الى المـال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسـلام ، بخلاف المحارب الذى تحتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر فى منفعة العتق فى هذه الحالة ، هل هى مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو على . وأن مثل هـذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظـر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجـر ، والأجـر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التى قال الرافعى : أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد ، وقد تقـدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيـه طريقان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : أن المسـألة على ثلاثة أقـوال (أحدها) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشترى فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه . (والثانى) لا يبرأ من شىء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهـول

والرهن المجهول • (والثالث) أنه لا يبرا الا من عيب واحد وهو العيب الباطن فى الحيوان الذى لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه • فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة » فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه • قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشترى عليه وهذا المعنى لا يوجد فى العيب الظاهر ولا فى العيب الباطن فى غير الحيوان • فلم يجز التبرى منه مع الجهالة •

(والطريق الثانى) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره ، وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه •

(فان قلنا) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع (والثانى) انه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا فيفسد العقد • والله أعلم) •

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه فى هذا الباب لأنه من مسائله • وقضاء عثمان هذا رواه مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم

يســـمه لى • قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه • فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم » ورواه البيهقى فى سننه ، وفى المعرفة من رواية مالك كذلك •

وفى رواية تعليق أبى حامد وغيره من الفقهـاء أن المشترى من ابن عمر زيد بن ثابت • وانهما اللذان أحتصما الى عثمان • وقيل ان ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه • وقال ابن عمر : تركت اليمين لله تعالى فعوضنى الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمـر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة ، واسناده ضعيف •

قال البيهقى : انما رواه شريك عن عاصم بن عبيـد الله عن عبد الله بن عامر عنهمـا ، وقال يحيى بن معين . حديث شريك عن عاصم ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان فى كتابه عن أشعث بن سوار • وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت فى البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك على غير ما كان فى كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلا •

قال البيهقى : ان أصح ما رواه فى الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك فى قضـاء عثمان ، وعن شريح القاضى أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه اياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبى رباح وطاوس والحسن مثله ، وعن أبى عثمان النهدى قال : ما رأيتهم يجيزون من الداء الا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدى كبير ، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشىء يسير ، والاسناد اليه فى هـذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ الا من عيب يسميه ويريه • هـذا ما فى هذه المسألة من الاثبات عن الصحابة والتابعين •

وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه • وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد (والثانى والثالث) أنه لا يبرأ من شىء من العيوب : واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب ابن أبى ليلى وسفيان الثورى والحسن بن حى وداود ، ونقله ابن المنذر عن ابن أبى ليلى والثورى هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن الحسن بن حى وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمى كفى سواء آكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضى حسين من أصحابنا على ما سيأتى •

(والثالث) أنه لا يبرأ من شىء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد فى رواية عنه واسحاق ، ويشبه أن يكون ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى ، لكن قولهم : انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ، وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد •

(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذى لم يعلم به فى الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذى ذكره فى الموطأ هنا •

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع ، الا أن يكون علم فى ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه • وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا فى تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى •

(السابع) قول ثان لمالك — وقال ابن عبد البر : ان مالكا رجع اليه — أنه لا يبرأ بذلك الا فى الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش لأن الفحاش تشترى لتربح — وأما فى سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به عيب أصلا •

(والثامن) قول ثالث لمالك ، وقيل : انه الذى رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا فى ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغنم أو على مفلس . قال بعضهم : أو فى ديون الميت (والثانى) العيب الخفيف فى الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق فى عهدة الثلاث خاصة .

(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول فى المذهب خارج من التفريع على القول الثانى . ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف الا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وان صح أن أحدا يقول لابد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة . هذه جملة المذاهب .

(وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ، وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخرى : أنه على ثلاثة أقوال وهى المذكورة فى الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها . وهو أنه يبرأ فى الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن ، ولا يبرأ فى غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن فى الحيوان ثلاثة أقوال . وفى غير الحيوان قولين . ولا يجىء الثالث فى غير الحيوان لأنه لا باطن له . كما قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما .

(والطريق الثانى) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب ابن خيران وأبو اسحاق المروزى على ما حكاه الماوردى وغيره ، وقال ابن أبى عصرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الأليق بكلام الشافعى مع قوله : ان الأولى اشهر وفى المجرد من تعليق أبى حامد نسبتها الى عامة أصحابنا . (والطريق الثالث) حكاه الماوردى عن ابن أبى هريرة أنه يبرأ فى الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ فى غير الحيوان من المعلوم . وفى غير المعلوم قولان ، وقد رأيتها كذلك فى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة .

(والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام ، وهى اثبات ثلاثة أقوال فى الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم .

(والطريقة الخامسة) القطع فى الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، واجراء الأقوال الثلاثة فى غير الحيوان ، وهى تخــرج من نقل سلام شارح المفتاح • والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل فى غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضى أبى الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والمـاوردى والرافعى أن منهم من أعتبر نفس العلم ، والأكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها • قال الامام : واذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحه فى الجميع (والثانى) الفساد فى الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجرى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالى فى البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثانى) فساده مطلقا (والثالث) فساده فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساده فيمـا علمه أو يسهل العـلم به (والخامس) فساده فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان (والسادس) فساده اذا أبهم العيب وصحته اذا عينه (والسابع) فساده فيما سيحدث فى يد البائع اذا ذكر مقصـودا وصحته فيما عداه (قلت) وفى الخامس نظـر لأنه يقتضى الصحة فى الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفســد فى غير الحيوان ويصح فى الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به • والسابع صحيح لمـا سيأتى عن القاضى حسين مع جريان الخلاف مع التبيين (والثامن) صحيح أيضا لمـا سيأتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث فى يد البائع اذا ذكر ولو تابعا (والوجه التاسع) بطلان العقـد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعى قال على ما حكاه المزنى فى المختصر : اذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذى أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر • وان صح فى القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ

من كل عيب ، والأول أصح • وهذا النص نقله المزنى من اختــلاف العراقيين من الأم ، فان فيه فى باب الاختلاف فى العيب قال الشافعى : واذا باع الرجل العبد أو شيئا من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذى نذهب اليه والله أعلم قضـــاء عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه ، وانما ذهبنا الى هذا تقليدا ، وأن فيه معنى من المعانى يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فاذا خفى على البائع أتراه يبرئه منه ؟ واذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه • وان صح فى القياس لولا التقليد وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليـــد وما وصفنا أولى بما وصــفنا ، هذا كلام الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزنى عنه وهو قوله : العبد أو شيئا من الحيوان فان فيه تصريحا بالتسوية فى ذلك بين العبد الذى يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذى به ، وبين غيره من الحيوان الذى لا يمكن فيه ذلك ، وهــذه فائدة جليلة ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذى قاله المزنى آخــرا من أنه يبرأ من كل عيب اذا عرف ذلك فالأكثرون قالوا : ان هذا الكلام من الشافعى يقتضى التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشــار اليهما بقوله : وان صح فى القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ، فهذه ثلاثة أحوال •

ومنهم من منع ذلك وقال : وان كان الشافعى أشــار الى ذلك ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفــرق بين الحيوان وغيره • قال القاضى أبو الطيب (قلت) أنا : قال الشافعى فى كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب الى أن من باع بالبراءة برىء مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبا يجــد فيه حجة ، وهــذا مثل قول

أبى حنيفة . وقد نص عليه فى هــذا الكتاب ، وهــذا يبطل قول من قال : ان مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد . انتهى .

والجورى نقــل هذا النص عن رواية حرملة والمــاوردى ذكر هذا النص . وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرجا ذلك قولا لاجماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر ، وقــد اختار المصنف فى اللمع أن مثل هــذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولا له ، والمشـــهور طريقة اثبات الأقوال لمــا تقدم ، وفى الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعى قال فى الكتاب العراقى ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشترى ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه فى القديم .

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المــأخوذة من الامام ، فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره ؛ وذلك خلاف صريح قول الشافعى . وطريقة ابن أبى هريرة محتملة . ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة — وهو أنه فى الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفى غير الحيوان قولان : (أحدهما) يبرأ مطلقا (والثانى) لا يبرأ مطلقا . لكان ذلك وجهــا . وهذه غير طريقة ابن أبى هريرة . لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم فى الحيوان . وهذه الطريقة التى أقولها مقتضاها اجراء القولين فى غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل فى الحيوان . ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعى لقضاء عثمان .

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ . يعنى كان فيه قولان . وهــذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذى فيه تقليد عثمان . والفرق المذكور وهو غير الحيوان . بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلا ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعى ، وانما غاية كلام الشافعى على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع فى الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب اليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعى . وقول الشافعى فى المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أى أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم • اقتصر عليه فى اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقا لقضاء عثمان ويكون فى ذلك تقوية لأن فى المسألة ثلاثة أقوال فى الحيوان وقولين فى غيره كما هو الطريقة المشهورة •

(فرع) قسم الماوردى البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

(أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشترى عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط فى العقد ، فان وجد المشترى بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد ، وان لم يجد الا تلك فليس له الرد •

(الضرب الثانى) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشترى عليها ، فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والاباق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها اعلام واطلاع عليها •

(والنوع الثانى) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح • فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملا بها •

(قلت) وهذا معنى قوله فى المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله فى اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه • وكلام الماوردى يقتضى أن هذا الضرب ليس محل الخلاف • ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقا اذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى • وكذلك اذا كان البرص ونحوه فى باطن فان الأصح أن يبرأ منه اذا لم يعلمه عند الاطلاق ففى حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعى : انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقا ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والفورانى والمتولى والبغوى ، وينبغى أن يحمل كلام المــاوردى على هذا المعنى •

قال الرافعى : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه فى المبيع من العيوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين ، يعنى أن العلة فى فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقــد (ان قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثانى فلا ، ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة ، وهــذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب •

قال القاضى حسين : وعنه يكون يصح فى هــذا الموضع لقــلة الجهالة ، وهــذا مخالف لمــا تقدم من كلام الشافعى ، ومثل القاضى هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع •

(فــرع) ادعى الرافعى أنه لا خلاف فى البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفى كلام القاضى حسين فى الفتاوى ما يقتضى المنازعة فى هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو آبق وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعا ، ولو قال : لا أعلمه آبقا وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : فلهــذه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه آبقا فقال : أبرأتك من عيب الاباق ، فبان آبقا هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا •

(فان قلنا) يبرأ برىء هنا (وان قلنا) لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين (فان قلنا) يصح ففى صحة الشرط جوابان ــ وان قال : بعتكه بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئا قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام •

وان قال : لا أعلم هل هو آبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط فوجده آبقا فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضى حسين فى فتاويه •

(الضرب الثالث) أن يبرأ اليه من كل عيب من غير أن يسميها ، ولا يقف المشترى عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة •

(فرع) فى الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها • أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب أبى حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم» وبأن الابراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين تخاصما عنده فى مورايث درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحدكما صاحبه » رواه البيهقى فى كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم فيه فيصح فى المجهول كالطلاق والعتق ، وبأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فاذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق •

(والجواب) عن الأول أنه روى فى هذا الحديث ما وافق الحق منها ، على أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو فى كتاب الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثانى) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما • فيقول : من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما ، فصحا فى المجهول بخلاف الرد بالعيب • وأما القول الثانى وهو أنه لا يبرأ من شىء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف فالنهى عن بيع وشرط • وعن الغرر •

ومن القياس أنه رفق فى البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشترى فيثبت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به ، وبأن الابراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح فى المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد •

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة (والثانى) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع فى الرد بالعيب • فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار وفيهما تسليم واجب ، ويصحان فى المجهول ، وفى الاستدلال طريقة اخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث فى يده من عيب ؛ لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجــز كالابراء من ضمان جميع الثمن اذا تلف فى يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذى هو ظاهر المذهب •

(فــرع) فى الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة فى ذلك ما ذكره الشافعى رضى الله عنه من قضاء عثمان رضى الله عنه مع مفارقة الحيوان لـــا سواه كما بينه ؛ فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى الى أن لا يستقر بيع فى حيوان أصلا ، والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك ، وقد قيل انه المشترى منه وترافعهما الى امام الوقت فى خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا ، واعترض على هـــذا بأن ابن عمر مخالف ، فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلم لم يكن كذلك لقبله •

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهـــذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقى أنه لم يثبت عن ابن عمـــر القول بالبراءة ، لكن الشافعى رحمه الله فى اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمـــر فى العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فقضى عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمـــر أن التبرى يبرئه مما علم وما لم يعلم ؛ قال الشافعى يخاطب من سأله : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر • انتهى •

ذكر الشافعى هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه • فهذا الكلام من الشافعى يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان . وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب — وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك ، وهو قائل بخلافه • نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله •

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا فانه مشى على أن قول الصحابى اذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتى ، وفيه نزاع ، فانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين • (وان قلنا) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هـذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فان ذلك يخرم الظن بعدم المخالف • وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب الى ساكت قول •

(الوجه الثانى) من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس • ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى على القديم فلأن قول الصحابى حجة يقدم على القياس •

وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند المـاوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند المـاوردى بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضـاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة • ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسـل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفـرد يقدم القياس القوى عليه ، وهـذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد •

وقد فسر المـاوردى فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

(أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابى على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وان لم ينتشر • وقيده الماوردى بالمنتشر الذى لم يعلم خلافه ، وهما قولان فى القديم منقولان عن الشافعى فى كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه فى القديم حجة ، وفى الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقتضى ذلك أنه اذا انتشر يكون حجة فى الجديد •

وقال الجورى : ان قول الصحابى الذى ليس له مخالف انما يكون حجة فى الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه فى القديم حجة ، فاذا احتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذى تعرفه الخاصة كتحريم النكاح فى العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعا ، هذا مختصر كلام الجوزى •

وقال البندنيجى فى مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعى فى أدب القاضى : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله فى صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماؤها قولا كان حجة مقطوعا على معيتها وان قال واحد منهم قولا وانتشر فى الباقين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضا ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضا مقطوعا على معيتها فى اطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعى أنه لا يسمى اجماعا • وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة •

وان قال واحد منهم قولا ولم ينتشر قال فى القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، وقال فى الجديد : ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة — فان عاضده قياس وأن ضعف — كان قوله مقدما على القياس القوى ، وان لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعى يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم

على القياس القوى الا أن يكون القياس فى معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقدما عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا فى قول الصحابى على سبيل الفتيا •

أما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فان انتشر ولم ينكر فالذى سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينشر على قولين ، لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه ، فلا يدل السكوت على الرضا ، ورأيت أبا على الطبرى فى الافصاح يقول : هذا حجة قولا واحدا ، ولكن هل يقع على معيتها ؟ على وجهين . (أحدهما) نعم كالفتوى (والثانى) لا ، واذا انتشر قول التابعى فى التابعين لم يكن كانتشـــار قول الصحابى فى الصحابة على الأصح وهو قول أبى العباس ، هذا تلخيص كلام البندنيجى وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب ، ولكن فى كلامه زيادة فوائد ، فلذلك رأيت نقله ، واختار المصنف على قولنا : انه ليس بحجة أنه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفى : يصير حجة ، وهو الذى قاله المصنف فى الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والمـــاوردى هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغى تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابى على القياس القوى ، وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفى أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا فى دعوى عدم الخلاف فى مسألتنا ، اذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذى ذكرته •

وقد رأيت كلام أبى بكر الصيرفى فى كتابه المسمى بالاجمـــاع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعى فى القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شىء لا يقول الشافعى به فى قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به فى القديم والجديد •

قال القاضى حسين فى أول تعليقته : انه اذا اقترن بقول الصحابى قياس خفى قدم على القياس الجلى قولا واحدا ، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف الحديث ، وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجدات ، قال : لو ثبت ذلك عن على لقلت به ، فأنه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفا .

فهذا النص من الشافعى يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسألة التى نحن فيها ، وأنه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم ، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة ، وقد رويناه من طريق المصريين عنه . وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى : قول الصحابى اذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعا ؟ فيه وجهان . وان لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم . فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلى عليه .

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يتقدم على قول الصحابى . (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه ، وهو قول أبى حنيفة ، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلى ، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعا . وفى ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هـذا القول اذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضا لم تثبت الدلالة باجتماعهما وان كان الفرق المذكور كافيا فى القياس وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا فى القول المذكور .

(والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقا أو يبرأ مطلقا كما قال الشافعى ، وقد أشار الشافعى بقوله : وأنه أصح فى القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع اذا لم يكن قول الصحابى حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه فى هذا •

(الأمر الثالث) أنه اذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعى تقليدا ؟ وقبول قول الصحابى على القديم أو اذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

(والجواب) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضى الله عنه وحده ، واطلاق التقليد عليه وحده صحيح ؛ لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدرى من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : أنه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستئناس كما قال فى الفرائض انه قلد زيد بن ثابت فى الاخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

(الرابع) فى قول مالك رضى الله عنه فى ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو فى هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها امامنا الشافعى وغيره ، ففى الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطى ، الله أعلم ، فى اختلاف الشافعى ومالك (فقلت) للشافعى : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فقال الشافعى : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو فى غيرها ، وطول الشافعى فى البحث فى ذلك والايراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فرأيته يعرف معناها ، وما ينبغى لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

(قلت) وقد قال أبو الوليد الباجى المالكى فى كتابه الذى ألفه فى أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبى أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل ابن أبى أويس : سألت خالى مالكا عن قوله فى الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا • وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من اهل العلم وأقتدى به ، وان كان فيه بعض الخلاف •

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من أرتضيه وأقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك دون لفظه (قال) وتنزيل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها فى الألفاظ يدل على تجوزه فى العبارة ، وأنه يطلق لفظ الاجماع ، وانما يريد به ترجيح ما يميل اليه من الرتبة •

(**التفريع**) وقد ذكره المصنف (أن قلنا) الشرط باطل ففى بطلان البيع به وجهان • وقال الامام : قولان (أظهرهما) عند القاضى حسين والامام والرويانى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردى ، وفى المجموع للمحاملى والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المذهب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا أنه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدل لصحة الشرط بأثر عثمان ، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم • نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غيرالحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظه صاحب هذا الوجه ، والله أعلم •

لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأنا لا نعرف خلافا فى هذا ــ المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه فى ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعى ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح فى صحة البيع ، وفى أحد أمرين بعده ، اما فى صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعى ، واما فى أن من حلف على نفى العيب يحلف على نفى العلم ، فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا فى التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام نمسك له بأن الشرط فى وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة ، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد •

وفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقا موضوع العقد ، لكن يرد عليه فى هذا الشرط أن المبيع لا يكون فى ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل •

(والوجه الثانى) وهو الذى قدمه فى التنبيه • وقال الماوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى فى الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عصرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشىء •

(وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك فى العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه اشارة الى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها فى البراءة عنه وليس فى كلام الغزالى الحاق ذلك الا فى صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتى تحدث ففيه طريقان فى تعليقة القاضى حسين (أحدأهما) القطع بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة ، وقال الرافعى : فيه وجهان (أصحهما) يذكر •

وقال الأكثرون غيره : انه فاسد ، قال القاضى حسين : ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال فى هذه الصورة : انه اذا فسد الشرط فالحكم فى بطلان العقد على ما سبق ، يعنى فيصح العقد على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى • قال الرافعى : ومقتضى ذلك مجىء الخلاف فيه بالترتيب • وقال الامام : المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه فى المسألة الأولى يعنى اذا جمع بين الكائنة والتى ستحدث •

وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة فى العيوب الحادثة مطلقا • (والثانى) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التى ذكرها الرافعى ، وحيث فرقنا بين الحادث والقديم •

فلو اختلفا فى عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردى : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع فى غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشترى القدم ، فالقول قول البائع ، فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه ، فههنا لا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشترى — ومنهم من قال : العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع المشترى من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ، ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردى ، هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الرويانى نسبة الأول الى المحصلين من أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثانى الى حكاية أبى على فى الافصاح والقاضى أبى حامد فى الجامع وأنه غلط ، والرويانى قال هذا دفعا لمن زعم أن الحيوان يأتى فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى فى

الافصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام المـاوردى لم يتعرض له ، هل يلحق ما ماخوله فى جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف •

وقال الأكثرون . منهم الشيخ أبو حامـد والقاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهم : لا وقال المحاملى انه لا خلاف فيه . وكذلك الرويانى قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم ، منهم الجرجانى والرافعى وغيرهما لتبدل حال الحيوان . فان العيب الذى به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذى فى باطن الحيوان ، وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان (قلنا) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الاخرى لم يصح الشرط قولا واحدا (قلت) وهذا على الطريقـة المشهورة ، ونأتى فيه الطرق المتقدمة •

(فـرع) قد اجتمع فى الشرط مع العقـد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط ، قال الامام والقاضى حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها ، وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد ، كخيار المجلس ، وخيـار الرؤية (قلت) لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعى . فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبه المـاوردى الى الجمهور فلا • قال القاضى حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل •

(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة ، فان سقط ذلك فى غير الحيوان • قال ابن أبى عصرون : فالشرط والبيع باطلان . وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذى صححه الرافعى وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقـد . فينبغى أن يكون كذلك . ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك اذا قلنا

بفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح •

(فــرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث فى ضمانه قال القاضى حسين يبطل البيع قولا واحدا وتبعه المتولى فقال : اذا شرط أن لا يرد عليه اذا وجد به عيبا فالعقد باطل وعلاه بأنه منع تصرف فى حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة ، فانه بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر •

وان ما ذكره القاضى فى شرط البراءة يمكن أن يقال مثله فى شرط عدم الرد ولو اختلفا فى شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشترى (فان قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل : القول قول المشترى مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول القاضى أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى فى البحر غيره ، وقال : فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض •

(وان قلنا) فاسد ، ففى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ، وينبغى أن يخرج على الاختلاف فى دعوى الصحة والفســاد ، ومن المعلوم الظاهر أنه اذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشترى ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور فى هذه الحالة ومن جملة الاطلاق أن يقول له : هذه هى العيوب وأبرئنى منها (واذا قلنا) بالصحيح فقال المشترى : علمت هذا العيب وكتمته • وقال البائع : لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله بعته وما علمت به عيبا كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله فى التهذيب •

(فــرع) شغف بعض الوراقين فى هذا الزمان بأن يجعــل بدل شرط البراءة : أعلم البائع المشترى أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال فى شرط البراءة . وهــذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد • (أما) أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب فى محل ،

ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشترى بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، واذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول فى الحيوان دون غيره •

(فـــرع) يختم به الباب ، قال النووى فى الروضـــة : قال أصحابنا : اذا انعقـــد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض •

(قلت) والتصرية لـــا كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند افلاس المشترى ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثل هـــذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقى عليه أيضا الافتراق فى الربويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقى أيضا تعذر امضاء العقد كما فى اختلاط الثمار ، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة ، كما تقدم على اختلاف فيها •

(وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار فى المرابحة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب فى المبيع ، وقد ذكر المصنف فى التنبيه مسألة الاختلاف فى قدم العيب وحدوثه ، واذا باعه عصيرا أو سلمه ، ولم يذكرهما فى المهذب فى هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى فى باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره •

* * *


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فهارس الجــزء الحــادى عشر

من كتــاب المجمــوع



أولا : الآياتالقرآنية

* * *

ثانيـــا : الأحاديث والآثار والأخبار

حرف الألف

الصفحة

حرف البــاء

الصفحة

الصفحة

حرف التاء

حرف الثاء

حرف الجيم

الصفحة

حرف الزاى

حرف السين

حرف الشين

الصفحة

حرف العين

حرف الفاء

حرف القاف

الصفحة

حرف الكاف

الصفحة

حرف اللام

حرف الميم

الصفحة

حرف النون

حرف الهاء

حرف «لا»

الصفحة

حرف الياء

* * *

ثالثا : الأشـــعار الاستشهادية

الصفحة

رابعا : فهرس الأعــلام

الصفحة

حرف الباء

حرف الثـــاء

حرف الجيم

الصفحة

حرف الحاء

الصفحة

حرف الخــاء

حرف الدال

حرف الذال

حرف الراء

الصفحة

حرف الزاى

حرف السين

حرف الشين

حرف الصاد

حرف الطاء

الصفحة

حرف العين

حرف الغين

حرف الفاء

حرف القاف

حرف الكاف

حرف اللام

حرف الميم

الصفحة

حرف النون

حرف الهاء

حرف الواو

حرف الياء

* * *

خامسا : فهرس الأحـــكام

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

* * *









